

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO
SECTOR PETROLÍFERO**

Thiago Huver de Jesus

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Direito Internacional e Relações Internacionais

Lisboa
2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO
SECTOR PETROLÍFERO**

Thiago Huver de Jesus

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Direito Internacional e Relações Internacionais

Orientação do Professor Doutor Francisco Paes Marques

Lisboa
2018

AGRADECIMENTOS

Especialmente ao Professor Doutor Francisco Paes Marques, orientador desta dissertação, por toda atenção sempre prontamente disponibilizada, e principalmente pelo direcionamento da pesquisa desenvolvida, correções, apontamentos e incentivos, indispensáveis para a conclusão deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO

I – INTRODUÇÃO	7
II – CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE PETROLÍFERA	10
II.I – NATUREZA CONTRATUAL PÚBLICA E INTERNACIONAL DOS CONTRATOS PETROLÍFEROS	15
II.II – CLAUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS	31
III – ARBITRAGEM	33
III.I – BREVE HISTÓRICO	33
III.II – CONCEITO DE ARBITRAGEM	35
III.III – NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	41
III.IV – ARBITRABILIDADE DO LITÍGIO INTERNACIONAL	44
III.V – A ELABORAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	47
IV – A ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO	49
IV.I – O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	49
IV.II – PRINCÍPIO DA SACRALIDADE DOS CONTRATOS	51
IV.III – PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE RECURSOS NATURAIS	52
IV.IV – PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA	53
V – QUADRO INTERNACIONAL LEGAL E INSTITUCIONAL DA ARBITRAGEM PETROLÍFERA	53
V.I – FONTES NORMATIVAS	54
A) Lei Modelo – UNCITRAL	54
B) Convenção de Nova Iorque	55
C) UNIDROIT	56
D) Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional	56
E) Carta de Energia	56
F) Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional	57
V.II – PRINCIPAIS CENTROS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL	57
A) Câmara de Comércio Internacional	57
B) ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes	57
C) ICDR – The American Arbitration Association	58
D) The London Court of International Arbitration	58
E) Outras Instituições arbitrais	58
VI – A ARBITRAGEM PETROLÍFERA	59
VI.I – O DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DA CAUSA	60
VI.II – A SHARIA ISLÂMICA	65
VI.III – A <i>LEX PETROLEA</i>	68
VI.IV – VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM PETROLÍFERA	71
VII – ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO SETOR PETROLÍFERO	73
VIII – CONCLUSÃO	77
BIBLIOGRAFIA	81

RESUMO

O contrato do petróleo tem por objeto as atividades que compõe a indústria petrolífera, sector estratégico tanto para os Estados produtores quanto para os países consumidores. Trata-se de atividade com enorme influência na economia e na circulação de capital, na geração de riquezas, na estabilidade política mundial, no desenvolvimento social de milhares de pessoas impactadas pela exploração e produção de petróleo, na geração de empregos e no meio ambiente. Os contratos celebrados – especialmente no sector *upstream* de exploração e produção de petróleo – entre Estados e investidores privados são bastante complexos e com auto grau de onerosidade, o que os tornam suscetíveis de inúmeros litígios. Enquanto os investidores privados, querem garantias de estabilidade das condições de seus contratos, os Estados não abrem mão de exercer a soberania permanente sobre seus recursos naturais e a autonomia para a fixação de regimes regulatórios e tributários, sendo, portanto, comum a relação ser pautada em tratados internacionais ou acordos bilaterais de investimentos. Os litígios que porventura surgirem devem ser minimizados e resolvidos mediante uma gestão competente de conflitos, inicialmente de forma preventiva, com a busca por contratos claros, transparentes, uniforme e com expressões inequívocas, ou em face do conflito estabelecido, com a adoção da arbitragem como o melhor meio de solução disponibilizado às partes litigantes. O sucesso do processo arbitral passa pela elaboração de uma convenção de arbitragem eficaz, com nomeação das partes envolvidas, objeto arbitrável e determinação da lei a ser aplicada. Em regra, as partes, e os árbitros nos casos omissos de indicação, possuem ampla liberdade para indicar a lei que melhor se encaixa ao caso em concreto, liberdade esta ligada a princípios gerais como, por um lado, a autonomia da vontade das partes contratantes e a sacralidade dos contratos e, por outro, o princípio da soberania sobre os recursos naturais e a ordem pública. A escolha da lei aplicável à arbitragem petrolífera não está ancorada em uma regra universal, sendo completamente viável a escolha por legislações internas, ainda que extravagantes como o caso da Sharia Islâmica, pelo direito internacional, pautado em tratados e convenções internacionais, ou ainda por usos e costumes do sector petrolífero configurados em uma *lex petrolea*.

Palavras-chaves: petróleo; contratos; investimento internacional; arbitragem; lei aplicável.

ABSTRACT

The oil contract is the object of the activities that comprise the oil industry, the strategic sector for both the producer States and the consumer countries. This activity has enormous influence on the economy and the circulation of capital, the generation of wealth, the global political stability, the social development of thousands of people impacted by the exploitation and production of oil, the generation of jobs and the environment. Contracts concluded – especially in the *Upstream* sector of oil exploration and production – between States and private investors are quite complex and with self-degree of onerousness, which makes them susceptible to numerous litigation. While private investors want guarantees of stability in terms of their contracts, states do not give up their permanent sovereignty over their natural resources and autonomy for the establishment of regulatory and tax regimes, therefore, it is common for the relationship to be based on international treaties or bilateral investment agreements. Disputes which may arise must be minimized and resolved by competent conflict management, initially in a preventive manner, with the search for clear, transparent, uniform and unambiguous expressions, or in the face of the conflict established, with the adoption of arbitration as the best means of solution made available to the litigant parties. The success of the arbitration process goes through the elaboration of an effective arbitration agreement, with the appointment of the parties, the arbitration object and the determination of the law to be applied. Normally, the parties, and the arbitrators in the omitted cases, have ample freedom to indicate the law that best fits the case, where freedom is linked to general principles such as, on the one hand, the autonomy of the will of the contracting parties and the sacredness of contracts and, on the other, the principle of sovereignty over natural resources and public order. The choice of law applicable to oil arbitration is not anchored in a universal rule, and it is completely feasible to choose from internal legislation, even if extravagant as the case of Islamic Sharia, by international law, based on treaties and International conventions, or also by uses and customs of the petroleum sector set up in a *Lex Petrolea*.

Keywords: oil; contracts; international investment; arbitration; applicable law.

I - INTRODUÇÃO

As questões relativas às fontes de energia no mundo são de interesse público, e por isso, são tratadas como questões de Estado, protegidas e acobertadas pelo monopólio do Estado sobre os recursos naturais. A indústria e consequentemente a economia mundial, são dependentes dos combustíveis fósseis, o que coloca o petróleo em posição de destaque para os países ricos em produção e comercialização e para as grandes companhias exploradoras de petróleo.

A indústria petrolífera é fortemente marcada pela concentração geográfica dos recursos e reservas petrolíferas em zonas geográficas relativamente limitadas e, por vezes, fortemente suscetíveis a conflitos armados ou transformações políticas radicais. De mesmo modo, a importância central deste recurso para as economias inseridas no plano das relações de troca mundializadas, assim como o carácter especulativo associado ao valor da matéria-prima nos mercados internacionais, determinam a existência de flutuações radicais do seu preço.¹

Os contratos internacionais em matéria de exploração e produção de petróleo são caracterizados pela elevada probabilidade de originarem litígios. Normalmente, são contratos complexos, de longa duração e que têm como partes, em regra, empresas privadas por um lado e, por outro, Estados ou outros entes representativos do poder público. É comum que os contratos assinados sejam pautados por acordos ou tratados internacionais de investimento, além da frequente inclusão de cláusulas especiais nestes contratos, como cláusulas de estabilidade, para garantir certa equidade de tratamento entre as partes contratantes.²

Nestes contratos estão em jogo os interesses públicos no que tange à exploração de recursos naturais não renováveis dos quais o próprio Estado é o titular, e ainda os interesses de investidores estrangeiros que aplicam uma quantidade significativa de capital e podem ficar em situação de disparidade em caso de litígios e sujeitos ao direito interno do Estado contratante.³

É de se notar que a realidade empresarial e contractual implicada nos contratos que têm por objeto a prospeção, pesquisa, exploração ou produção de hidrocarbonetos apresenta aspetos específicos como uma planificação demorada e investimentos avultados, onde a boa execução do contrato e a amortização dos referidos investimentos comportam riscos geológicos e exploratórios, financeiros, comerciais e políticos; exige-se extensas competências técnicas em uma área em que são escassas as entidades empresariais que se movimentam neste domínio, o que pode acarretar em correlativa dificuldade do Estado em encontrar um novo parceiro contractual em caso

¹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE; MARCOS, RUI DE FIGUEIREDO, *Direito do Petróleo*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 408.

² VICENTE, DÁRIO MOURA (coordenador), *Direito dos Petróleos: uma perspectiva lusófona*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 101.

³ Ibid. p.102.

de afastamento da companhia petrolífera inicialmente contratada; a configuração de um fortíssimo interesse público quando há intervenção do Estado anfitrião como parte no contrato e pelo simples facto de o petróleo ser considerado fonte de energia fundamental e, portanto, um bem essencial do Estado; e ainda, pela frequente relação do Estado anfitrião com companhias petrolíferas estrangeiras, circunstância que transporta estes contratos para o terreno do direito transnacional.⁴

A segurança financeira e jurídica que tais contratos merecem devido aos seus vultosos investimentos pressupõe que se crie um clima de estabilidade onde os termos possam ser celebrados e se desenvolver normalmente. Em via de regra, o negócio jurídico é firmado por partes que muitas vezes falam línguas diferentes e ainda se voltam a um terceiro idioma; existe a possibilidade de aplicação de mais de um ordenamento jurídico à execução do contrato, e ainda em alguns casos, podem ser celebrados por Estados com políticas governamentais totalmente instáveis, típico em muitos países em desenvolvimento e com grandes reservas petrolíferas.⁵

O recurso a arbitragem como meio para solução de conflitos depende de acordo bilateral das partes e pode ser anterior ou posterior ao surgimento do litígio. Via de regra, opta-se por afastar a jurisdição estatal já na celebração do contrato e constituir um instrumento de acesso à jurisdição internacional.⁶

A escolha pelos Tribunais arbitrais encontra respaldo na necessidade de alto conhecimento dos julgadores acerca do tema alvo do litígio; da necessidade de assegurar a confidencialidade dos processos com intuito de resguardar os segredos do negócio; na facilidade do reconhecimento internacional das sentenças arbitrais frente as decisões judiciais internas e por fim, na exclusão dos recursos nas vias arbitrais, o que assegura uma resolução mais rápida do litígio.⁷

Entretanto, a aplicabilidade da arbitragem no sector petrolífero pode enfrentar algumas peculiaridades que justificam o estudo constante do tema, especialmente relativas às partes envolvidas no negócio e as formas contratuais.

O presente estudo tem por finalidade principal estudar a questão da determinação da lei aplicável à arbitragem petrolífera. Determinar qual o ordenamento jurídico aplicável é tarefa que esbarra em algumas dificuldades específicas, dada a colisão potencial dos interesses públicos ligados ao Estado anfitrião, os quais apontariam para a competência prioritária do seu ordenamento jurídico, com as referidas expectativas comerciais da companhia petrolífera, os quais

⁴ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 151.

⁵ OLIVEIRA, DIOGO PIGNATARO DE, *Os Contratos Internacionais e a Indústria do Petróleo*, disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9668-9667-1-PB.pdf>.

⁶ MACHADO, JÓNATAS E. M., *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós 11 de setembro*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 684.

⁷ VICENTE, DÁRIO..., op. cit., p. 102.

ditariam preferencialmente a competência da lei do Estado respetivo, ou da lei por ele designada ou pretendida como aplicável.⁸

Para o alcance do objetivo de estudo, torna-se indispensável compreender os limites à plena aplicação da lei aplicável à arbitragem petrolífera, especialmente no que se refere às leis imperativas dos Estados, às normas de direito internacional público por meio dos tratados internacionais e dos acordos bilaterais, os usos e costumes caracterizados por meio de uma *lex petrolea*, e ainda os princípios de direito que norteiam as relações entre Estados e investidores privados. Não menos importante, é necessário determinar as regras que regem a constituição e o processo do tribunal arbitral, além de apontar as vantagens e desvantagens da escolha pela arbitragem no sector petrolífero.

Conforme será demonstrado e explicado, o sector petrolífero corresponde a uma atividade bastante complexa, com diversas fases, desde a pesquisa e exploração até a distribuição do produto industrializado ao consumidor final. A ligar o objetivo do trabalho ao Direito Internacional e as Relações Internacionais, este estudo será concentrado no sector *upstream*,⁹ onde a relação entre o Estado produtor e as Companhias Internacionais Petrolíferas são fortemente evidenciadas.

O trabalho tratará das principais características do sector petrolífero, de modo a apresentar a definição terminológica do petróleo, de expor breve histórico do processo de exploração e produção e do surgimento das Companhias Petrolíferas, além das etapas vinculadas à atividade petrolífera. Os principais tipos contratuais e sujeitos neles envolvidos também receberão especial atenção de estudos já no início da dissertação.

Relativamente à arbitragem como meio de solução de controvérsias no sector petrolífero, será exposto de forma breve o histórico da arbitragem e sua relevância como meio de resolução de litígios desde os tempos mais remotos até os dias atuais e, de mesma forma, para o melhor entendimento do tema, será conceituado o instituto da arbitragem, apresentando seus principais elementos, princípios norteadores e a delimitação da natureza jurídica. Será também delimitado o quadro jurídico e institucional da arbitragem, através de tratados internacionais e acordos bilaterais, com intuito de expor alguns dos textos de ordem transnacional que direcionam a aplicação da arbitragem nos contratos petrolíferos, além dos mais diversos centros especializados de arbitragem espalhados pelo mundo.

A aplicação da lei às arbitragens petrolíferas, principal alvo de estudos deste trabalho, receberá especial atenção. O sector petrolífero tem como principal característica o âmbito internacional e globalizado de atuação, onde há encontro de diferentes sistemas normativos internos com o direito internacional, como é o caso da Sharia, a lei islâmica, que rege vários países produtores

⁸ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 154.

⁹ Os conceitos das atividades no sector petrolífero serão propriamente expostos no capítulo II desta dissertação.

de petróleo ao redor do mundo. Desta forma, é de fundamental importância entender a liberdade dos árbitros na indicação de uma lei aplicável, assim como os limites desta escolha normativa, para o que será apresentado algumas das teorias que embasam a escolha da lei aplicável.

Por fim, o trabalho pautará na apresentação da arbitragem de investimento – mecanismo diretamente ligado ao sector petrolífero – uma vez que é frequente os acordos e tratados de investimentos entre Estados indicarem a arbitragem como meio de resolução de litígios, especialmente com intuito de garantir um maior nível de certeza e segurança jurídica aos contratos celebrados entre os Estados hospedeiros e terceiros investidores, além de operar uma diminuição da discricionariedade estatal na alteração de pressupostos fácticos ou jurídicos essenciais à execução do contrato.

II – CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE PETROLÍFERA

Em sentido lato, a terminologia petróleo abrange todas as ocorrências ou concentrações naturais de hidrocarbonetos, independente do estado físico em que se encontre. Em sentido mais estrito e já assumindo um papel mais comercial, o termo é usado para referir a hidrocarbonetos que ocorrem exclusivamente no estado líquido, conhecido como petróleo bruto.^{10 11}

Foi no ano de 1849 nos Estados Unidos da América que se deu origem a moderna indústria do petróleo. Inicialmente, as atividades de exploração e produção eram feitas de modo artesanal, algumas vezes em caráter domiciliar¹², sendo o mercado livre e desorganizado, com processos de avaliação poucos refinados sobre a possibilidade de encontrar petróleo.¹³

Em uma era de explosão populacional e marcada por grandes transformações económicas advindas da Revolução Industrial, novas formas de iluminação artificial e de lubrificação foram desenvolvidas. A querosene era o derivado aproveitado à época, enquanto todos os demais derivados eram basicamente descartados após o refino. Não havia qualquer padronização na produção, ao passo que havia grande variação na qualidade do óleo e os índices de acidentes por queimaduras decorrentes da querosene eram altos.¹⁴

A indústria do petróleo começou a se organizar como grande indústria a partir da companhia Standard Oil, sendo a pioneira do padrão de grande organização internacionalizada,

¹⁰ GOMES, JORGE SALGADO, ALVES, FERNANDO BARATA, *O universo da indústria petrolífera: da pesquisa à refinação*. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

¹¹ Os hidrocarbonetos que se encontram na forma de gás constituem o gás natural e os que se apresentam no estado sólido são conhecidos por betumes e asfaltos, apud CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA, *Lex Petrolea*, Lisboa: Petrony Editora, 2013, p. 26.

¹² OS Estados Unidos da América possui regime de que o proprietário da terra onde há a exploração é o dono do petróleo.

¹³ YERGIN, DANIEL, *O petróleo: Uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro*, (tradução de Leila Marina U. di Natale, Maria Cristina Guimarães, Maria Christina L. de Góes, Edição de Max Altmann), São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 31

¹⁴ Ibid. p. 32.

inclusive, contribuindo de modo expressivo para o desenvolvimento da economia capitalista do século XX. Com novas invenções e técnicas de organização, a Standard Oil tornou-se monopolista do mercado e passou a dominar todos os seguimentos da cadeia do petróleo, com poder para estipular preços e determinar quantidades para venda.¹⁵

Com forte domínio económico no mercado petrolífero e pressionada pela opinião pública e pelos Tribunais, a Standard Oil colocou-se em posição de ter de explicar a relação de controle que possuía sobre as demais empresas petrolíferas bem como sobre os independentes do sector. Em 1911, com base no Sherman Act de 1890, a Companhia foi desmembrada em trinta e três companhias pela Suprema Corte Norte Americana, sendo este o marco para o aparato jurídico que hoje se conhece como direito da concorrência.¹⁶

Quanto adentrou no continente europeu e iniciou-se, de facto, o mercado internacional do petróleo, a indústria petrolífera norte-americana já dominava o setor sem nenhum concorrente de relevância. Foi a descoberta do petróleo em Baku, Rússia, que engatilhou a competitividade no comércio internacional. Um país de grandes proporções territoriais e no início de sua industrialização, a nova fonte de energia apresentava-se como indispensável para seu progresso económico. Foi a grande expansão do império russo que possibilitou a descoberta e a exploração do petróleo.¹⁷

Neste mesmo período a Europa também viu o surgimento de várias companhias, especialmente inglesas e holandesas, a entrarem no mercado e concorrerem diretamente com a gigante norte-americana pelo mercado petrolífero. A alta do mercado transformou inclusive o sistema societário, momento em que fusões entre petrolíferas¹⁸ tornaram-se comum para o alcance do objetivo de maior alcance das regiões suscetíveis de exploração e o consequente domínio de mercado.¹⁹

A Pérsia²⁰ também teve grande relevância na sistemática petrolífera. Região de entroncamento entre a Ásia e o Ocidente, viu-se no meio de uma competição diplomática e comercial entre a Rússia e a Inglaterra pelo domínio da concessão do petróleo. Foi neste período anterior a Primeira Guerra Mundial que a Inglaterra, após a concessão do petróleo pelo governo persa, tornou-se acionista da Companhia Anglo-Persian com intuito de modernizar sua frota naval a partir

¹⁵ GALBRAITH, J.K. O Novo Estado Industrial. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1982. p. 27.

¹⁶ YERGIN, DANIEL, *O petróleo...*, op. cit. p. 34.

¹⁷ Ibid. p. 64.

¹⁸ Destaque para a fusão das três maiores companhias petrolíferas europeias no início do século XX, precisamente em 1902, dando origem a anglo-holandesa British Dutch. Apud YERGIN, DANIEL, *O petróleo...*, op. cit. p. 156.

¹⁹ GALBRAITH, J.K. O Novo..., op. cit., p. 49.

²⁰ De acordo coma Enciclopédia Britannica, a Pérsia é uma região histórica no sudoeste asiático onde hoje está localizado o Irão. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/Persia>.

da substituição do carvão pelo petróleo como fonte de energia e fazer frente ao expansionismo alemão.²¹

Vale ainda destacar o petróleo árabe neste contexto. O investimento no Médio Oriente foi retardado especialmente pela descrença em torno da descoberta do petróleo pelas companhias internacionais naquela região. Após uma primeira descoberta no Bahrain e a nova perspectiva de grandes jazidas, as companhias dominadoras voltaram suas atenções para a região, dando início a um jogo de concessões, contratos, *joint ventures*, acordos envolvendo empresas americanas, inglesas e holandesas, especialmente. A descoberta de imensas reservas petrolíferas na Arábia Saudita e no Kuwait, além do Bahrain, acabou por se converter no que se tornaria objeto de um jogo político de poder mais complexo e intenso inimaginável até então e que perdura até os dias atuais: o petróleo árabe como base da política internacional.²²

Pode-se ainda afirmar que a estatização das zonas de produção pelos países da OPEP²³, especialmente no Médio Oriente, representa um ponto drástico na estrutura da indústria do petróleo. A partir deste episódio passou-se a verificar uma crescente desintegração, ao passo que as principais companhias petrolíferas, conhecidas como *majors*, deixaram de ter acesso às melhores jazidas do mundo, como resultado da expulsão da área da OPEP.²⁴

Já no início do desenvolvimento da atividade petrolífera, a indústria do petróleo marcava importância para o desenvolvimento da economia, da sociedade e do *way of life* do seu país de origem, sobretudo pelo avanço significativo que o mercado do petróleo gerou nestes países, como por exemplo, com o desenvolvimento da indústria automobilística na Europa, Japão e Estados Unidos, momento em que o petróleo substituiu o carvão como a principal fonte de energia das economias nacionais.²⁵

Foi depois da Segunda Grande Guerra Mundial que o petróleo se tornou a energia predominante, ascendendo ao estatuto de produto estratégico por excelência. A emergência de novos países industrializados, inicialmente na Ásia e em seguida na América Latina reforçaram a procura mundial de petróleo, enquanto ao mesmo tempo, os principais países exportadores, agrupados na Organização dos Países Produtores de Petróleo – OPEP – se organizavam para tentarem controlar a melhor oferta.²⁶

E não poderia ser diferente. O petróleo, conjuntamente ao gás natural, representa a principal fonte energética a movimentar a economia mundial, estando a frente do carvão

²¹ YERGIN, DANIEL, *O petróleo...*, Cit. p. 158.

²² Ibid. p. 160.

²³ Criada em 1960, a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), é uma organização internacional formada pelos países produtores de petróleo, formada atualmente por Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Irã, Iraque, Kuwait, Qatar, Angola, Argélia, Guiné Equatorial, Gabão, Líbia, Nigéria, Equador e Venezuela, Cf. www.opec.org

²⁴ FAVACHO..., op. cit., p. 45.

²⁵ FAVACHO..., op. cit., p. 46.

²⁶ SÉBILLE-LOPEZ, PHILIPPE, *Geopolíticas do Petróleo*, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 11.

e da energia nuclear, de modo que contribui para transformar as sociedades industriais. O petróleo e seus destilados são utilizados nos principais meios de locomoção e transporte, e ainda servem de matéria-prima para o fabrico de fertilizantes, explosivos, e inumeráveis produtos químicos e sintéticos.²⁷

Como atividade internacional o desenvolvimento da indústria foi marcado por dois paradigmas diferentes: a princípio, o crescimento de agentes privados, inicialmente norte-americanos e mais tarde também de origem europeia, dispostos a investir elevado capital no processo petrolífero. Por outro lado, o desenvolvimento de empresas de origem estatal, ou estatizadas, como acontece no Brasil, México e países integrantes da OPEP.²⁸

Desde então a indústria do petróleo tem experimentado uma vastidão de inovações de natureza tecnológica, especialmente em decorrência do crescente desenvolvimento da exploração *offshore*, visto o inevitável futuro esgotamento da produção *onshore*.²⁹ As transformações financeiras também se evidenciaram com uma crescente comoditização e utilização de modernos mecanismos financeiros de gerenciar riscos, além das negociações estarem inseridas no mercado de bolsa.³⁰

A indústria petrolífera compreende diversas atividades que podem ser exploradas economicamente e individualmente. Ela começa com a pesquisa e termina na revenda dos derivados do petróleo, transcorrendo um processo a partir da pesquisa e exploração, momento em que a empresa procura as áreas de petróleo. Em seguida, passa-se a etapa de produção ou lavra, quando o petróleo é extraído da jazida.³¹ Este processo inicial conhecido como *upstream*, representa uma etapa bastante apelativa e onerosa do negócio petrolífero, o que acarreta em muitas fusões, aquisições e alienações societárias, de modo a movimentar investidores e financiadores de todo o mundo.³²

Posteriormente, inicia-se a segunda fase do processo da atividade petrolífera, conhecido como *midstream*.³³ A importação e exportação apresentam-se como etapa crucial da atividade petrolífera e são caracterizadores do processo de transporte e distribuição, realizado especialmente por meio de navios petroleiros, por via férrea ou ainda pelo transporte de pesados.

²⁷ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA, *Lex Petrolea*, Lisboa: Petrony Editora, 2013, p. 31.

²⁸ FAVACHO..., op. cit., p.48.

²⁹ Exploração *offshore* é aquela realizada no mar, enquanto a exploração *onshore* é realizada em terra.

³⁰ GONÇALVES..., op. cit., p. 21.

³¹ GONÇALVES, ALCINDO; RODRIGUES, GILBERTO M. A. (organizadores). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*, Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007, p. 16.

³² Disponível em http://www.petro-online.com/news/fuel-for-thought/13/breaking_news/upstream_midstream_and_downstream_understanding_the_three_petroleum_markets/32165 acesso em 12/01/2018.

³³ Disponível em http://www.petro-online.com/news/fuel-for-thought/13/breaking_news/upstream_midstream_and_downstream_understanding_the_three_petroleum_markets/32165 acesso em 12/01/2018.

Representa o processo de distribuição de derivados para refinarias, de modo a abrir caminho para a última etapa do processo da indústria petrolífera.³⁴

Em último estágio o refino, que ativa a fase final da indústria petrolífera, conhecido como *downstream*.³⁵ Corresponde ao processo pelo qual o petróleo passa a ter utilização comercial e industrial, abrangendo todas as operações necessárias para que o produto esteja disponível e ao acesso do consumidor final.³⁶

Importante destacar que o ciclo de exploração coincide maioritariamente com as atividades *upstream*, a incluir a fase de obtenção de direitos, prospeção, desenvolvimento, produção, encerramento da exploração ou cessação da licença. É neste ciclo, antes de iniciar os trabalhos, é que o Estado se apresenta como mais vulnerável perante as necessidades de captação do investimento estrangeiro, sendo a vulnerabilidade acentuada ao investidor após o início do investimento, pois o capital dispensado transforma-se em *sunk cost*,³⁷ dependendo a sua amortização das condições geológicas, dos mercados e da manutenção dos regimes contratuais e fiscais acordados com o Estado anfitrião.³⁸

A indústria do petróleo é uma fonte inesgotável de conflitos. De um lado encontram-se os países produtores de petróleo, com seus interesses estratégicos em defender seus domínios e suas reservas, ao passo que também possuem o interesse em atrair capital investidor estrangeiro para explorar as reservas na medida em que este capital irá agregar novas e mais eficazes tecnologias. Por outro lado, aparecem as *International Oil Companies*, interessadas em garantir o maior lucro possível sobre seus investimentos, e ainda garantir que em contratos de longa duração, seus ativos não sejam expropriados pelos países onde estejam hospedados.³⁹

Os conflitos ainda estão ligados às questões políticas, especialmente em países com pouca estabilidade democrática, ao passo que a mudança de um governo pode acarretar no descumprimento do contrato celebrado e a interrupção da cadeia produtiva e distribuidora do petróleo. Questões tecnológicas também são causas de turbacões ligadas a fragilidade dos Estados

³⁴ GONÇALVES, ALCINDO; RODRIGUES, GILBERTO M. A. (organizadores). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*, Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007, p. 16.

³⁵ Disponível em http://www.petro-online.com/news/fuel-for-thought/13/breaking_news/upstream_midstream_and_downstream_understanding_the_three_petrolium_markets/32165 acesso em 12/01/2018.

³⁶ GONÇALVES, ALCINDO; RODRIGUES, GILBERTO M. A. (organizadores). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*, Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007, p. 16.

³⁷ Em economia, *sunk cost* correspondem a custos irrecuperáveis, também chamados de custos afundados, são recursos empregados na construção de ativos que, uma vez realizados, não podem ser recuperados em qualquer grau significativo. Disponível em <https://www.britannica.com/topic/sunk-cost>, acesso em 18/06/2018.

³⁸ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 41.

³⁹ FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*: Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p. 244.

em se modernizar e acompanhar os investimentos do setor privado, o que acarreta em obsolescência da tecnologia de produção dos Estados frente às Companhias Internacionais.⁴⁰

Por fim, e de forma mais recente e intensa, a atividade petrolífera encontra-se atrelada a questões de direitos humanos, especialmente em matéria ambiental. Os riscos de grandes desastres são cada vez mais eminentes e não se foge a possibilidade de responsabilização do ente público ou do sector privado por danos, em casos irreversíveis, causados ao meio ambiente e a humanidade, de modo geral.⁴¹

Percebe-se, portanto, que a atividade petrolífera é marcada por um contexto histórico que diretamente influenciou nas relações internacionais, incentivou o surgimento de novos segmentos comerciais e foi base para inovações normativas. Caracterizada pelos seus aspetos técnicos, possui grande relevância política, social e económica, além de ser responsável por conectar diferentes sujeitos de direito, sejam públicos ou privados, de direito interno ou internacional. Torna-se, portanto, fundamental compreender o ato jurídico pelo qual o negócio petrolífero ganha forma e é viabilizado: o contrato.

II.I – NATUREZA CONTRATUAL INTERNACIONAL E PÚBLICA DOS CONTRATOS PETROLÍFEROS

Os contratos internacionais são responsáveis por conectar o mundo. Seja por meio de pessoas públicas ou privadas, pessoas singulares ou coletivas, são estes contratos que permitem o intercâmbio de capitais, bens e serviços entre diferentes pontos do planeta, além de possuírem peculiaridades próprias de fácil identificação, como a homogeneidade de suas disposições, o emprego de terminologia unificada, e porque não, a utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias.

A especificidade dos contratos internacionais e a sua consequente internacionalidade é apresentada principalmente sob dois viés: o económico e o jurídico.

A movimentação de bens e serviços através de fronteiras é tido como indicador económico da internacionalidade do contrato. Nesta ótica, idealizada a partir da Corte de Cassação Francesa em 1927 na conhecida doutrina Matter,⁴² o carácter internacional de uma operação não depende necessariamente do domicílio das partes ou do lugar estipulado para sua execução, mas sim de todos os elementos que entram em linha de conta para imprimir, aos movimentos de fundos que ela comporta, um carácter que ultrapassa o quadro da economia interna.⁴³

⁴⁰ FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos...*, op. cit. p. 245.

⁴¹ Ibid. p. 256.

⁴² Cass, Civ., 17-05-1927, DP, 1928, 1, 25, nota Capitaint, razões finais Matter, Apud BAPTISTA, LUIZ OLAVO, *Contratos Internacionais*, São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 21.

⁴³ BAPTISTA, LUIZ OLAVO..., op. cit., p. 23.

Por outro lado, o posicionamento jurisprudencial anglo-americano,⁴⁴ para determinar a internacionalidade de um contrato deve-se buscar uma aplicação jurídica, baseado em atos concernentes à sua celebração, execução, ou a situação das partes quanto à sua nacionalidade ou domicílio, a localização de seu objeto e a existência de um liame entre diferentes sistemas jurídicos. Em outros termos, a definição de que o contrato é internacional repousa sobre a constatação de um facto, não em virtude de uma regra.⁴⁵

O que se percebe é que a principal diferença relativa aos critérios adotados para classificar o contrato como internacional, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência internacional, ou ainda pelos tratados celebrados, muitas vezes decorre da natureza do contrato, posto que os elementos de estraneidade que permitem caracterizar determinada operação económica como internacional nem sempre são significativos em outros tipos de transação.⁴⁶

É nesta perspectiva que, em uma visão eclética ou realista com valorização da natureza jurídica do contrato, todas as manifestações bilaterais ou plurilaterais da vontade livre das partes, cujo objetivo esteja pautado em relações de cunho patrimonial ou de serviços, com elementos vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, seja pela força do domicílio ou nacionalidade, pela sede principal dos negócios, lugar do contrato ou lugar da execução, ou qualquer outra circunstância que exprima um vínculo indicativo de direito aplicável, poderá ser caracterizado como um instrumento contratual de cunho internacional.⁴⁷

A título exemplificativo, um contrato poderá ser considerado internacional mesmo quando a transferência de capital tiver um valor insignificante ou até mesmo inexistente, como por exemplo, quando o pacto for celebrado por duas sociedades-mães, pertencentes a grupos de empresas diferentes e que possuem filiais em países diversos, que estabeleçam uma cooperação que tenha por objeto uma multiplicidade de empreendimentos comuns, sendo cada um deles realizado num determinado país, mediante a conjugação de actividades das filiais de cada grupo aí estabelecido. Por outro lado, um contrato de *Joint Venture* localizado em um único Estado, pode dar ensejo a uma transferência de valores no caso em que uma destas empresas tiver a necessidade de adquirir no estrangeiro determinada tecnologia para desenvolver a sua parte no contrato.⁴⁸

A partir desta definição apresentada e da insuficiência das soluções doutrinárias, o critério eclético passou a predominar nos principais ordenamentos jurídicos, ao passo que em França, a doutrina Matter foi afastada em determinados casos, por ser considerado muito

⁴⁴ Posicionamento assumido pela Corte Suprema dos Estados Unidos no *leading case*: *Unterweser v. Zapata*, (407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L.Ed 2 d 513 – 1972) e também nas leis britânicas *Unfair Contract Terms Act*, de 1977 e o *Arbitration and Conciliation Act* de 1996.

⁴⁵ JACQUET, JEAN-MICHEL, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*. Paris: Economica, 1993, p.86.

⁴⁶ BAPTISTA, LUIZ OLAVO..., op. cit. p. 26.

⁴⁷ STRENGER, IRINEU, *Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo: RT, 1986, p.65.

⁴⁸ PINHEIRO, LUÍZ DE LIMA. *Joint venture: contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*. Lisboa: Cosmos, 1998. P. 358.

rígido, e o contrato em litígio identificado como internacional a partir de um carácter jurídico, decorrente da ligação do instrumento contratual à normas jurídicas de diferentes Estados, com apontamento do carácter económico da transação como justificativa, uma vez que o contrato tinha por efeito afetar os interesses do comércio internacional.⁴⁹

Em mesmo sentido, a Suprema Corte Norte Americana⁵⁰ fixou que, para ser caracterizado como contrato internacional, a nacionalidade das partes deverá ser considerada, assim como o centro de seus interesses, o lugar das negociações, da assinatura e o da celebração do contrato, e ainda considerar o objeto do termo pactuado, o que mais uma vez demonstra a relevância da determinação da natureza jurídica do contrato firmado.⁵¹

Conclui-se, portanto, que na prática uma relação jurídica pode estar em contato com mais de um sistema jurídico através de seus elementos centrais contratuais, como os sujeitos e objeto, o que lhe atribuirá o carácter internacional. Em caso de vinculação a apenas um sistema jurídico, e a não identificação de elementos de estraneidade para caracterizar o avanço normativo sobre território desconhecido, configurará a hipótese de um contrato puramente nacional.⁵²

É por essa especificidade que o carácter internacional do contrato deve ser apurado perante o caso concreto e por critérios flexíveis. É este exame da realidade que permitirá determinar a intensidade ou importância relativa ao elemento estrangeiro naquela relação jurídica, do ponto de vista económico e jurídico, de modo a afastar o empirismo da verificação.⁵³

Neste caso em estudo, a indústria petrolífera é o caso concreto a ser analisado, sendo o direito do petróleo caracterizado por possuir modelos contratuais muito específicos.

O primeiro aspeto a ser salientado é justamente o cariz predominantemente internacional dos contratos neste ramo. Efetivamente, é possível verificar que a indústria do petróleo possui uma identidade internacional muito maior se comparado a outras atividades económicas, especialmente pela globalização da sua atividade produtiva e comercial. A expansão do sector contribuiu para acentuar a aparência internacional do negócio, na medida em que destacou as barreiras alfandegárias impostas pelos Estados, que cada vez mais valiam-se do protecionismo de mercado, e alavancou a internacionalização dos contratos relativos ao petróleo através de sua padronização. Como consequência, a maioria dos contratos celebrados nesta indústria petrolífera possuem quase sempre uma identidade internacional, como a nacionalidade e domicílio das partes, o lugar da celebração ou execução e ainda a lei aplicada ao contrato.⁵⁴

⁴⁹ BAPTISTA, LUIZ OLAVO..., op. cit. P. 27.

⁵⁰ Acórdão da Suprema Corte: 417 U.S. 506, 94 S.Ct. 2449, 41 L. Ed. 2d. 270.

⁵¹ BAPTISTA, LUIZ OLAVO..., op. cit. P. 27.

⁵² Ibid. p. 28.

⁵³ GOYDER, D. G. EEC, *Cooperation Law*, Oxford: Claredon Press, 1988, p. 13.

⁵⁴ VICENTE, DARIO MOURA..., op.cit., p. 128.

O caráter global das relações petrolíferas já se encontra enraizadas desde o início de suas atividades, especialmente a partir da expansão de empresas multinacionais que estabeleceram relações jurídicas mais complexas, e muitas vezes, estranhas ao direito interno geralmente aplicado. Neste contexto torna-se impossível imaginar nos dias atuais uma transação da indústria petrolífera que não contenha algum tipo de componente internacional.

A indústria do petróleo também se destaca como um dos sectores produtivos onde mais se agrega novas tecnologias, e por razões teleológicas consideram que não há técnica nem economia voltadas ao meio social sem regras de aplicação, sendo a atuação do direito de suma importância para acompanhar este desenvolvimento. Como negócio marcadamente internacional e sujeito às crises e às circunstâncias geopolíticas de uma sociedade internacional, neste caso específico do petróleo, os contratos internacionais estão envolvidos em uma atmosfera política e económica instável e são extremamente sensíveis às constantes mutações que geram conflitos e incertezas. Por esta razão, mostra-se de extrema relevância um sistema normativo bem definido e pacificado na prática internacional capaz de dar a estabilidade necessária para o meio social no ramo petrolífero e garantir consequentemente o bom desenvolvimento da atividade.⁵⁵

Um dos entraves para a estabilidade dos negócios internacionais do petróleo ancora sobre a teoria da internacionalização dos contratos de Estado, sendo ela uma das questões mais complicadas que se relacionam ao Direito Internacional Público e ao Direito Internacional Privado. No seguimento desta teoria, não importa a lei eleita pelas partes como fiel e correta para a execução de um contrato, o Direito Internacional sobrepõe a sua escolha e aplica-se automaticamente como a lei suprema que regerá determinada avença. Esta teoria desencadeia controvérsias teóricas acerca do monismo e do dualismo⁵⁶ no Direito Internacional Público, mas também questões como a autonomia da parte e a do direito próprio do contrato.⁵⁷

Em tese, a seguir por esta linha de pensamento de sobreposição do Direito Internacional, os elementos de estraneidade evidenciam a conexão das obrigações reciprocamente assumidas perante mais de um ordenamento jurídico, onde a questão principal atinente ao contrato

⁵⁵ OPPETIT, BRUNO, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances: la clause hardship*, *Journal du Droit International*, n. 4, Paris, 1974, Apud STRENGER, IRINEU, *Contratos Internacionais do Comércio*, 4 Ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 32.

⁵⁶ Cf. Leandro Tripoli, é impossível falar em monismo e dualismo sem se reportar à obra de Heinrich Triepel, em especial seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia em 1923, defende que o direito interno e o direito internacional regem relações sociais diferentes e emanam de vontades diversas, de forma que suas fontes não se coincidem, havendo, portanto, uma relação dualista e opondo-se ao posicionamento de Kelsen, em sua teoria monista, em que o direito não deriva de vontade, mas é vontade, e não regula relações sociais, mas as cria, de forma a haver unidade entre o direito internacional e o direito interno, formando um sistema único e coeso. TRIPOLI, LEANDRO, *Arbitragem doméstica e internacional: o que significam monismo e dualismo no terreno da arbitragem?*, In CAHALI, FRANCISCO JOSÉ; RODOVALHO, THIAGO; FREIRE, ALEXANDRE, *Arbitragem, Estudos sobre a Lei n. 13.129/2015*, São Paulo: Editora Saraiva, 2016. P. 329.

⁵⁷ IRINEU, STRENGER..., op. cit. P. 77.

internacional se refere ao elemento de vinculação a dois ou mais sistemas, sendo necessário um Estado competente para aplicar o direito interno em determinada relação jurídica.⁵⁸

Além das questões relativas à internacionalização, também é de suma importância discorrer sobre o caráter público dos contratos no sector petrolífero, onde a participação estatal é evidenciada por meio de sua atividade primária como Estado, vinculada ao direito público, especialmente quando regulamenta e dita os rumos da atividade, mas também quando assume posto de ente privado com participação direta como agente empresarial.

As atividades relativas à indústria petrolífera em um determinado local ou Estado são regidas por um conjunto de normas positivadas, costumes e princípios, caracterizando o regime jurídico de exploração e produção do petróleo. O envolvimento do Estado na regulamentação do sector atribui caráter público aos contratos celebrados no ramo petrolífero.⁵⁹

O modo como um Estado coordena as atividades petrolíferas em seu território está diretamente ligado ao seu regime jurídico, com intuito especial de regular a exploração e produção de petróleo, desenvolver relações com diferentes agentes desta indústria, e ainda determinar o envolvimento entre o Estado hospedeiro da atividade e a Companhia Petrolífera responsável pela exploração e produção. Todo o regime jurídico depende da estrutura político-económica do Estado, ou seja, de seu sistema legal, constitucional e infraconstitucional, e do nível de participação na atividade de exploração e produção.⁶⁰

Neste sentido, o caráter público internacional fica evidenciado a partir de múltiplas situações jurídico-administrativas transnacionais, necessárias para a concretização da atividade petrolífera, circunscrevendo-se a análise à incidência de normas administrativas de conflitos para determinar qual a norma a ser aplicada em conflitos envolvendo estruturas da administração pública e particulares com conexão com vários ordenamentos jurídicos.⁶¹

Trata-se do direito administrativo internacional, inserido nas legislações internas ou derivado de convenções internacionais, caracterizado como um fenómeno de relacionamento intersistemático entre duas ordens jurídicas que se cruzam. Nestes casos, o direito estrangeiro estende a sua eficácia operativa ao território de outro Estado, de modo que o direito deste último exerce, em um momento subsequente, uma função de controlo sobre os resultados decorrentes da aplicação deste direito estrangeiro, sujeitando tais resultados a um princípio de adequação com a ordem interna e internacional vigente no Estado de acolhimento do direito estrangeiro.⁶²

⁵⁸ BULGARELLI, WALDIRIO, *Contratos Mercantis*, 14. Ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 221.

⁵⁹ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 117.

⁶⁰ Ibid. p. 118.

⁶¹ OTERO, PAULO, *Normas Administrativas de conflitos: as situações jurídico-administrativas transnacionais*, In: Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 782.

⁶² Ibid., p. 783.

Corresponde a um alargamento do espaço de operatividade dos efeitos de um ato que é da competência de autoridade estrangeira, seguindo os termos definidos pela respetiva lei administrativa interna, operando-se por via das normas de conflitos um mero reconhecimento interno dos efeitos desse ato jurídico estrangeiro que, de modo, ganha eficácia internacional.⁶³

Estes contratos petrolíferos internacionais são termos que envolvem um risco elevado e por isso necessitam de um investimento financeiro assegurado por garantias especiais. Estes tipos de risco costumam ser divididos entre riscos de avaliação ou geológicos e riscos políticos. Falar em risco de avaliação significa a possibilidade de não ser encontrada uma reserva comercializável na zona do contrato, o que tem como consequência a perda de um investimento de alto valor monetário. Já os riscos políticos, resultam do facto da importância estratégica que normalmente os países dão aos seus recursos naturais, como o petróleo, de facto que a gestão destes recursos estão sujeitas a políticas governamentais mais instáveis, podendo igualmente ocorrer a todo o tempo alterações de regulamentação da atividade de prospeção e da sua tributação, crises políticas, mudanças de regime, revoluções seguidas de nacionalização de companhias petrolíferas, e até guerras motivadas por causa do petróleo.⁶⁴

Este é o cenário que contribui para moldar as diferentes formas de contrato no sector petrolífero, onde certos Estados de acolhimento adotam mais de um tipo de contrato uma vez que possuem atividade de exploração e produção de petróleo em áreas com características muito distintas dentro do próprio território, e essa pluralidade de regimes acaba por favorecer às particularidades de cada região.⁶⁵

Ao analisar os tipos contratuais, verifica-se que o contrato de concessão se mistura com a história da exploração do petróleo ao ponto de até mesmo ser confundido com a própria história da indústria petrolífera. Desde as primeiras utilizações desta via contratual, a concessão já foi bastante modificada, especialmente pela influência de diversas razões históricas que determinaram mudanças de conteúdo nos instrumentos contratuais que regulam as relações no sector e a tomada das rédeas pelos Estados no que quer que petróleo. Importante destacar que atualmente as principais companhias petrolíferas do mundo são empresas estatais ou semi-estatais, com alto grau de competitividade com as companhias petrolíferas de cunho exclusivamente privado.⁶⁶

As alterações estruturais sofridas pelos contratos de concessão o aproximaram de outros regimes contratuais, sem as quais este modelo possivelmente não teria sobrevivido. A não equidade sistémica desta forma contratual, característica marcante do seu perfil

⁶³ OTERO, PAULO..., op. cit., p. 792.

⁶⁴ VICENTE, DARIO MOURA..., op.cit., p. 129.

⁶⁵ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 180.

⁶⁶ Ibid. p. 121.

inicial, gerava uma forte repercussão negativa e o sentimento literal de exploração por parte dos Estados hospedeiros.⁶⁷

Tradicionalmente o modelo de concessão, hoje denominado de concessão clássica, é marcado por traços distintivos muito desfavoráveis para os Estados detentores dos recursos petrolíferos. O contrato normalmente possui características que abrangem amplas áreas de concessão, sem direito de desistência, de parte a parte; os termos contratuais são de longa duração e não prevêm a possibilidade de revisão; as empresas concessionadas possuem direitos exclusivos sobre todas as operações referentes ao petróleo extraído na área concedida; o direito de propriedade sobre as reservas de petróleo é transferido em favor das companhias petrolíferas estrangeiras responsável pela exploração; é normal haver isenção de todos os impostos e taxas aduaneiras; o pagamento pela concessão é feito através de um valor reduzido de *royalty* sobre o volume total de petróleo produzido; em regra, há transferência para o governo local da área concedida e dos equipamentos remanescentes ao final da concessão e ainda, a companhia exploradora fixa de forma arbitrária e unilateral o preço do petróleo extraído, sem qualquer participação do governo local. Naturalmente que estas cláusulas desequilibravam enormemente os contratos celebrados, com claro prejuízo aos Estados detentores, o que levou a um grande fracasso do modelo clássico de concessão, hoje praticamente abandonado.⁶⁸

Por isso, os contratos de concessão tiveram que evoluir. Inicialmente como exposto, o Estado não estava diretamente envolvido nas operações de petróleo e as únicas receitas geradas eram através da tributação. Inclusive, no plano internacional, as Nações Unidas reconhece por meio de suas resoluções que cada Estado deve exercer sua soberania sobre os recursos naturais de forma que lhe aprouver, sendo que nas concessões, a propriedade do petróleo extraído passa a ser da companhia petrolífera detentora da concessão, onde, como forma de compensar a outorga do direito de explorar, esta paga ao Estado hospedeiro tributos e participações governamentais. Hoje o cenário é diferente: o Estado exerce controlo direto nas operações de exploração e produção, havendo ainda previsão para a participação direta do governo na administração da licença concedida e é dada especial relevância para a propriedade dos hidrocarbonetos.⁶⁹

Em termos atuais, o contrato de concessão pode ser definido como o termo no qual o titular de direitos sobre o petróleo, via de regra o Estado de forma direta ou representado por um organismo público, concede a uma ou mais companhia petrolífera, nacionais ou estrangeiras, o direito exclusivo de explorar e produzir petróleo, por sua conta e risco, tornando-se proprietário do

⁶⁷ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 123.

⁶⁸ VICENTE, DARIO MOURA..., op.cit., p. 132.

⁶⁹ VAN MEURS, PEDRO, *Financial and fiscal arrangements for petroleum development – an economic analysis*, Apud WALDE, THOMAS, BEREDJICK, NICKY, *Petroleum Investments in Developing Countries*, Springer 1st Ed., 1989, p. 89.

petróleo produzido e podendo dele dispor livremente, todavia, obrigado a cumprir as regras do contrato com mecanismos próprios fiscais, impostos pela outra parte contratante.⁷⁰

O modelo de concessão no processo *upstream* assenta no pressuposto jurídico da possibilidade de existência de propriedade privada sobre os recursos minerais, mesmo que a atividade de produção e extração de petróleo seja intensamente regulada pelo Estado. Isto porque, o Estado como real possuidor dos recursos minerais transfere a propriedade desses minerais para a companhia petrolífera e, em contrapartida, recebe o pagamento de *royalty* e de impostos sobre o rendimento obtido pela companhia petrolífera, no âmbito da sua soberania tributária sobre os rendimentos gerados no seu território. Em consequência, a companhia petrolífera pode reclamar a propriedade em relação ao petróleo extraído após o pagamento dos *royalties* e dos impostos devidos.⁷¹

Fica evidenciado, portanto, que o regime de concessão foi reinventado e organizado numa estrutura reguladora, financeira e contratual que guarda poucas ligações com as suas origens. Neste novo modelo, o contrato preserva o interesse nacional por meio de uma série de deveres, obrigações e responsabilidades incorridos pela companhia petrolífera, conforme estipulado no próprio contrato ou na legislação interna aplicável, ao ponto de incluir investimentos obrigatórios, pagamento de obrigações financeiras e outros tributos aplicáveis, proteção ambiental, incentivo ao crescimento e especialização da mão de obra local, entre outros.⁷²

Nos dias atuais é possível achar modelos de concessão, chamadas de modernas, que se caracterizam por uma enorme redução da área a ser explorada e do prazo de duração da concessão. Atribuir o risco de investimento ao concessionário, com o estabelecimento de variadíssimas obrigações a seu cargo, incluindo o pagamento de *royalties* e impostos, também se tornou corriqueiro, ainda que lhes é garantida a propriedade do petróleo extraído.⁷³

Em relação à natureza jurídica do contrato de concessão, subsiste uma grande discussão doutrinária, não havendo um verdadeiro consenso a respeito do assunto, estando o ponto chave do debate relacionado a conquista da soberania sobre os recursos naturais.

Inicialmente vale ressaltar que alguns juristas europeus vêem a concessão mineral como um ato do poder público, *ius imperium*, motivo pelo qual alegam que os contratos dela derivada devem conter as chamadas cláusulas assessórias. Outros analistas tratam-na como um contrato especial entre a administração e o concessionário, regido por normas e cláusulas mistas de direito público e direito privado.⁷⁴

⁷⁰ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 125.

⁷¹ VICENTE, DARIO MOURA..., op.cit., p. 132

⁷² TAVERNE, BERNARD, *Petroleum, industry, and governments: a study of the involvement of industry and governments in the production, na use of petroleum*. 2 ed, All Alphen aan den Rijn; Kluwer Law International, 2008, p. 124.

⁷³ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p. 133.

⁷⁴ ROJAS, ANDRÉS SERRA, *Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Universidade do Texas: Editorial Porrúa, 1983. P 125.

Na orientação do jurista espanhol Alcalá Zamora, a concessão administrativa reúne as principais características de um verdadeiro contrato, mas é, ao mesmo tempo, um ato de poder que envolve a transmissão parcial do domínio público, que, uma vez criada, vem a ser uma exploração sempre limitada por esse domínio público.⁷⁵

A doutrina francesa parte da tese de que o objeto da concessão administrativa é, na realidade, um serviço público, definido como o fundamento legal que norteia a realização de toda e qualquer atividade do Estado, seja a execução de obras públicas, a expropriação ou a produção de bens económicos, ainda que de domínio público.⁷⁶

Seguindo por essa linha doutrinária, qualifica-se a concessão administrativa em duas vertentes: a concessão dominial, a qual incide diretamente sobre bens do domínio público e a concessão de serviço público propriamente dita. Às vias de um carácter translativo, essas modalidades de concessão têm-se aproximado bastante nos últimos anos, especialmente por força do princípio da função social da propriedade.⁷⁷

Portanto, a concessão mineral já não é puramente uma concessão dominial outorgada em benefício concreto do concessionário para satisfazer a um interesse abstrato, mas sim uma verdadeira concessão industrial em benefício concreto dos usuários, razão pela qual se produz a caducidade da concessão não apenas pela falta de pagamento das taxas administrativas, mas também pela suspensão não justificada dos trabalhos ou pela má exploração do bem mineral.⁷⁸

Mesmo com as alterações e desdobramentos ocorridos no decorrer dos anos, o contrato de concessão tem sido genericamente considerado inadequado à promoção do desenvolvimento dos países detentores de petróleo, uma vez que não permite uma repartição equitativa dos benefícios resultantes da exploração petrolífera. Acabou assim por triunfar o modelo contratual que se caracteriza por ter o Estado como titular da propriedade dos recursos petrolíferos extraídos, tendo as companhias petrolíferas apenas o direito a receber uma determinada contrapartida pela sua atividade, podendo essa contrapartida ser paga em valor fixo ou numa percentagem dos recursos energéticos produzidos.⁷⁹

O contrato de prestação de serviços é aquele em que as empresas multinacionais de produção petrolífera se comprometem perante o Estado hospedeiro a prestar o serviço de prospecção e extração de petróleo. Este sistema abrange dois modelos: o clássico, em que a empresa multinacional recebe o pagamento, independentemente de ser ou não encontrado petróleo,

⁷⁵ TORRES ZAMORA, NICETO ALCALA, *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918, p. 47.

⁷⁶ DUGUIT, LÉON, *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'État: le droit et l'État: libertés publiques: l'organisation politique de la France par Leon Duguit*, ver, et mise au courant 4 ed., Paris: Thorin et Fontemoing, 1923, p.69.

⁷⁷ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 139

⁷⁸ Ibid. p. 141.

⁷⁹ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 136.

e o modelo de contrato de risco, o *risk service contract*, em que a empresa multinacional apenas recebe o pagamento se o petróleo vier a ser efetivamente descoberto e produzido, sendo assim obrigada a assumir o risco relativo à prospecção petrolífera.⁸⁰

São vários os países que optam pelos contratos de prestação de serviços, especialmente quando há um imperativo na própria legislação dos Estados, relacionado diretamente com poderes de delegação. Este contrato é utilizado em países do Médio Oriente, no Irão e na Arábia Saudita, além de México e Equador na América Latina, países onde o direito de explorar e produzir hidrocarbonetos é de atribuição exclusiva, não delegável, da companhia petrolífera nacional. Este regime é utilizado através de um contrato em que a companhia petrolífera exploradora concorda em realizar determinados serviços de exploração e produção, sendo uma simples contratada da companhia petrolífera estatal. Em troca, há o recebimento pela companhia contratada de uma certa quantia em dinheiro que possibilite recuperar os seus investimentos e fazer-se pagar pelos serviços realizados, independentemente do sucesso ou não das atividades desenvolvidas. Neste caso, a companhia petrolífera contratada atua como mero prestador de serviços e portanto, não recebe qualquer participação na receita proveniente da venda do petróleo caso este venha a ser produzido, sendo este um inconveniente a ser suportado. Por outro lado, são vários os benefícios para o país produtor, como a transferência de *know-how* e conhecimentos especializados da companhia petrolífera durante o tempo que durar o contrato.⁸¹

Nestes países onde o direito de explorar e produzir petróleo é de atribuição exclusiva, e portanto, não delegável, a modalidade de contrato de serviço é a única capaz de fazer com que as companhias petrolíferas participem e tenham acesso às reservas de petróleo. As companhias internacionais concordam em dotar o Estado produtor com serviços e informações, *expertise* e tecnologia para fazer com que sejam desenvolvidos os seus recursos naturais. Esta categoria contratual funciona de modo que a companhia petrolífera estrangeira concorda em realizar serviços de produção e exploração, não como parceiro ou concessionário, mas sim como agente contratado da companhia estatal em troca do recebimento de uma quantia e dinheiro que lhe permita resgatar todo o seu investimento e ainda pagar por todos os serviços prestados. É o Estado o titular exclusivo da área contratada bem como de todo o petróleo descoberto e produzido.⁸²

É notório que o contrato de prestação de serviços corresponde ao termo em que não há qualquer transferência da propriedade do petróleo extraído para a companhia petrolífera, limitando-se a esta a prestar serviços técnicos ao Estado detentor e a receber uma contrapartida

⁸⁰ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 137.

⁸¹ TAVERNE..., op. cit. p. 157.

⁸² SMITH, ERNEST E; DZIENKOWSKI, JOHN S.; ANDERSON, OWEN L.; CONINE, GARY B.; LOWE, JOHN S.; KRAMER, BRUCE M., *International Petroleum Transactions*, 2. Ed., Denver, Colorado, EUA: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000. P 14.

pecuniária pela prestação desses serviços. Nesta modalidade, o contrato de risco é o mais comum, visto que dificilmente o Estado detentor aceita assumir sozinho o risco do fracasso da operação, transferindo assim normalmente este risco para a companhia petrolífera contratada, ainda que a atividade desta seja conduzida à mera prestação de serviços.⁸³

Em outras palavras, nos contratos de prestação de serviços, ao produzir por sua conta e risco, as companhias petrolíferas, sejam elas nacionais ou internacionais, devem, seja por cláusula contratual ou pela legislação interna vigente, preservar o interesse nacional do Estado produtor, o que pode ser feito através de investimentos obrigatórios ou qualquer outra forma pactuada entre as partes que elevem o nível de desenvolvimento social e económico do Estado anfitrião.⁸⁴

Outra característica marcante é que este modelo de contrato é tipicamente celebrado pelos Estados que por razões de falta de capital, trabalho qualificado, conhecimento técnico, ou até mesmo a falta de acesso aos mercados internacionais da indústria petrolífera, se encontram incapazes de desenvolver seus recursos naturais de forma rentável. A saída é a contratação de empresa, nacional ou estrangeira, que supra essa lacuna e realize o empreendimento de forma rentável par ambas as partes.⁸⁵

Ao longo dos tempos, em decorrência de certa rejeição por parte das companhias petrolíferas, especialmente por não terem outro tipo de remuneração, foi criada uma variante a este tipo de contrato. A companhia petrolífera passa a ser contratada para explorar e produzir o petróleo em determinada região, de forma que a remuneração está diretamente ligada à descoberta e viabilidade comercial do petróleo, sem qualquer remuneração por parte do Estado detentor da reserva. Nesta óptica, a companhia petrolífera apesar de não ser titular do petróleo produzido, passa a ter direito de receber uma percentagem estabelecida em contrato, sobre a produção realizada, podendo, inclusive, negociar os valores de venda de sua produção e angariar melhores fundos pelo trabalho realizado.⁸⁶

O modelo contratual mais conhecido é o dos PSC (*production sharing contracts*), designado como contrato de produção e partilha petrolífera, cujo instrumento jurídico a ser utilizado entre o Estado e as companhias petrolíferas sob este regime é justamente um contrato formal que vinculará os intervenientes, determinando direitos e obrigações das partes. Trata-se de contratos que não se encontram regulados em legislação especial, mas que, em decorrência da frequência com que são utilizados na prática do sector petrolífero, são objeto de uma tipicidade social. Estes contratos se tornaram o modelo predominante no mercado, uma vez que os modelos de

⁸³ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 138.

⁸⁴ TAVERNE..., op. cit. p. 124.

⁸⁵ YERGIN, DANIEL, *O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro*. (tradução de Leila Marina U. Di Natale, Maria Cristina Guimarães, Maria Christina L. de Góes. Edição de Max Altmann). São Paulo: Paz e Terra, 2010

⁸⁶ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 157.

concessão e de prestação de serviços não garantiam um adequado controlo do Estado sobre as multinacionais partes no negócio e, uma vez terminados os contratos, poderiam não assegurar que a propriedade dos meios tecnológicos necessários para a extração seria atribuída ao Estado, tampouco instituíam obrigações de formação profissional dos agentes locais.⁸⁷

Esta modalidade contratual petrolífera pode ser definido como o contrato celebrado entre um Estado detentor de recursos petrolíferos e uma ou várias empresas multinacionais pelo qual as partes acordam em participar na exploração e extração do petróleo, repartindo entre si o petróleo extraído em determinada percentagem, assim como os encargos resultantes desta atividade.⁸⁸

O contrato de produção e partilha é caracterizado pela exploração da área por conta e risco da companhia petrolífera, a qual recebe parte do petróleo produzido como compensação pelo risco. Assim o Estado não seria remunerado através de *royalties* pelo direito concedido às companhias pela exploração exclusiva dessa riqueza mineral, mas, pelo contrário, o petróleo extraído passa a ser propriedade do Estado, com parte do óleo entregue a companhia petrolífera como pagamento pelo seu funcionamento e pelo risco da exploração e produção.⁸⁹

Egito, Líbia, Malásia, China e Angola são alguns exemplos dos países produtores de petróleo que utilizam esta forma contratual. Este modelo de contrato foi adotado em resposta ao relativo desequilíbrio entre os países produtores do Médio Oriente e as companhias petrolíferas internacionais, quando dos primeiros contratos de concessão. É definido como o contrato pelo qual o estado anfitrião e uma companhia internacional participam na exploração e extração de petróleo, em um esquema de repartição de encargos típicos.⁹⁰

Um dos principais objetivos para se utilizar um PSC é atrair as grandes companhias petrolíferas em âmbito internacional para que, juntamente com as companhias petrolíferas estatais no papel do Estado, seja compartilhado a gestão das diversas operações com intuito principal de adquirir conhecimento técnico ao ponto de melhor negociar futuros contratos de exploração e produção.⁹¹

Não é difícil verificar as vantagens para a utilização deste tipo de contrato para a exploração do petróleo, certo que além do facto de haver relativa simplicidade de gestão para o país de acolhimento, é garantido assim que a produção se inicia, receitas para o Estado, tendo este a faculdade de o receber em dinheiro ou em *crude oil*. O contrato de produção partilhada inverteu a

⁸⁷ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 137.

⁸⁸ Ibid. p. 142.

⁸⁹ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 150.

⁹⁰ TAVERNE..., op. cit., 129.

⁹¹ VICENTE, DARIO MOURA..., op.cit., p. 137.

lógica do petróleo já explorado: o que antes era de titularidade da companhia de petróleo, passa agora a também ser do Estado produtor.⁹²

A Considerar a posição estratégica e a força económica das atividades de exploração e produção de petróleo na maioria dos países produtores, garantir ao Estado a propriedade do petróleo produzido evidencia os aspetos políticos ligados a esta atividade, especialmente no que tange ao nacionalismo e ao maior controlo estatal sobre as atividades económicas.⁹³

Independentemente do país ou da forma contratual adotada, com exceção da produção *onshore* americana, os recursos petrolíferos ainda em solo são de propriedade do Estado. Esta condição privilegiada acarreta em maiores receitas aos Estados produtores, e consequentemente uma maior participação no controlo das operações, através da gestão de operações, ponto em que se articula comissões e gerência comitês que decidirão sobre as estratégias comerciais e planos de trabalho. Sob este sistema de contrato, as companhias acabam por não ter muitas escolhas e operam por sua conta e risco, porém sempre sob a supervisão do Estado hospedeiro.⁹⁴

Há alguns autores que consideram o PSC um contrato de prestação de serviços, em que a companhia petrolífera atua com o *status* de contratada em face do detentor dos direitos e proprietário do petróleo, que é o próprio Estado. Por outro lado, o contrato de produção e partilha pode ser visto como um contrato de características puramente associativas, onde a companhia petrolífera não presta um serviço ao Estado, e sim, associa-se a ele com o objetivo comum de produzir e partilhar o petróleo extraído.⁹⁵

Ainda importante destacar o contrato de empreendimento comum, *joint venture*, que assume na doutrina a distinção entre *incorporated joint venture* e *unincorporated joint venture*. No primeiro caso é instituída uma sociedade para realização da exploração petrolífera, enquanto que na segunda hipótese, é apenas celebrado um contrato de consórcio entre as partes.⁹⁶

A definição textual de *joint venture* reconhecida mundialmente consiste numa associação de empresas que pode ser definitiva, ou não, com fins lucrativos, criada para investir em determinado negócio, sem que nenhuma delas perca a sua original personalidade jurídica, ou seja, não indica ou comporta qualquer tipo de associação, societária ou contratual, com um prazo determinado ou determinável, entre entidades públicas ou privadas, estrangeiras ou locais, para a

⁹² MARQUES PAULO, *da natureza jurídica do Production Sharing Agreement (PSA) à luz do ordenamento jurídico português*. Apud MELO, PEDRO; PULIDO, JOÃO GARCIA; MARQUES, PAULO; BEATO, ALEXANDRA, *Estudos sobre energia: petróleo e gás natural*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 35.

⁹³ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 151.

⁹⁴ JOHNSTONE, DANIEL, *International Petroleum Fiscal System and Production Sharing Agreements*. Tulsa, Oklahoma: PennWell Publishing Company, 1994. p. 114.

⁹⁵ Ibid., p. 154.

⁹⁶ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p.137.

persecução de objetivos e projetos específicos. Difere-se da sociedade comercial porque relaciona-se a um único projeto cuja associação é dissolvida automaticamente após o seu término.⁹⁷

Em relação às *joint ventures*, no âmbito do setor *upstream*, é mais comum a modalidade *incorporated joint venture*, em ordem a tornar possível a participação direta do Estado detentor ou da sua concessionária de direito público na pesquisa e exploração dos recursos naturais. Através do estabelecimento de uma verdadeira entidade comercial, o Estado detentor se torna sócio das companhias petrolíferas, sendo partilhadas as decisões de gestão e operacionais, com ambas as partes responsáveis pelos proveitos e riscos do negócio, além de dividir com a multinacional os ganhos e as perdas da exploração e produção do petróleo.⁹⁸

Uma *joint venture* surge quando há a união de forças entre um ou mais investidores para um determinado empreendimento, de forma que exercem o controlo repartilhado sobre o mesmo. Ou seja, *joint*, cujo significado estende-se a comum e, *venture*, com menção a risco, pode ser considerada uma associação de entidades onde será dividido tanto o sucesso quanto os prejuízos advindos do empreendimento em questão, podendo, aliás, a partir desta associação, ser criada ou não uma nova entidade, diferente da dos seus formadores. Em outras palavras, as *joint ventures* foram desenvolvidas como um conceito de negócio ao invés de um conceito legal.⁹⁹

Joint Ventures são também conhecidos como contratos de participação ou de associação, vistos principalmente como um mecanismo de partilha e redução de riscos entre as partes empreendedoras. Ao mesmo tempo, é também uma colaboração eficaz de recursos físicos e financeiros, dos conhecimentos, das habilidades e tecnologias. No entanto, a partilha de risco é o objetivo predominante na indústria do petróleo.¹⁰⁰

Por fim, juridicamente, esta modalidade contratual consiste em atos constitutivos da nova companhia, *joint company*, e de documentos acessórios tais como o acordo de quotistas, de acionistas e o protocolo de intenções estabelecendo as linhas gerais de parceria específica para determinado empreendimento para produção e exploração do petróleo.¹⁰¹

Ainda no que tange aos contratos de produção e exploração de petróleo, pode ocorrer casos em que um Estado se veja forçado a utilizar mais do que um sistema contratual legal relativo à indústria do petróleo. São várias as razões para tal, como o caso de um mesmo país possuir grandes reservas de petróleo em terra, *onshore*, onde é possível verificar diferentes condições de exploração, com ponderação dos riscos, assim como estipular custos de produção distintos,

⁹⁷ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 153.

⁹⁸ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p. 138.

⁹⁹ SANTOS, ARIIVALDO DOS, *aspectos contábeis das joint ventures*, Revista do CRC-RC, Porto Alegre, v. 19, n.60, 1990, p.4

¹⁰⁰ TAVERNE..., op. cit., 132.

¹⁰¹ SANTOS, AROLDO..., op. cit. P. 12.

especialmente relacionados com a acessibilidade da zona a ser explorada.¹⁰² Nestes casos, os Estados podem estabelecer tipos de relacionamentos jurídico-contratuais alternativos com as companhias petrolíferas como forma de garantir uma melhor captura dos potenciais investidores, concomitantemente à maximização das suas receitas.¹⁰³

Além dos contratos celebrados com o Estado detentor de recursos petrolíferos, faz-se necessário destacar os contratos celebrados entre companhias petrolíferas entre si, visando a divisão da atividade e dos benefícios resultantes do contrato principal e a partilha dos riscos dele resultantes. Estes contratos em si não possuem caráter público, entretanto, são contratos assessórios na relação de exploração e produção e muitas vezes determinantes para a ocorrência do contrato principal.

É extremamente comum as companhias petrolíferas, antes de entrarem em qualquer projeto, decidirem formar grupos destinados a fazer propostas conjuntas em relação a áreas que sejam postas a concurso. Este tipo de acordo tem sido denominado de Acordo de Proposta Comum, *Joint Bidding Agreements*, e permitem limitar a exposição das companhias a projetos de grandes riscos ou excessivamente caros. Em regra, consta uma obrigação segundo a qual as partes e seus filiados se comprometem a nunca realizar uma oferta isoladamente ou em associação com um terceiro, sem a participação de todo o grupo.¹⁰⁴

Os acordos de atividade conjunta, *joint operating agreement*, são os contratos celebrados entre uma companhia petrolífera, que assume a qualidade de operador do petróleo em determinada área contratual e se responsabiliza pelo sucesso da operação, e outras entidades participantes no projeto de exploração petrolífera, as quais podem ser outras companhias petrolíferas, outros titulares de direitos de exploração, simples investidores do projeto, ou mesmo a própria entidade empresarial criada pelo Estado detentor para essa atividade, que pode associar-se como parceiro na operação de exploração petrolífera.¹⁰⁵

Os contratos de cessão da posição contratual, *farm in farm out agreement*, correspondem aos contratos pelos quais o titular do direito de exploração e produção petrolífera cede, normalmente mediante uma contrapartida, esses direitos a outras entidades que assumem igualmente a obrigação de realizar ou participar na exploração e na produção do petróleo. Trata-se de uma solução interessante para as companhias petrolíferas que por vezes sem vêm perante uma exploração que não conseguem conduzir de forma viável, pretendendo por isso, a transmissão de seus direitos para outros parceiros, mais capazes de levar a cabo essa exploração. A cessão pode ocorrer a título parcial, como

¹⁰² A Rússia, com seu vasto e diversificado território, é um exemplo de Estado que se utiliza de diversos tipos de contratos petrolíferos.

¹⁰³ CAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA..., op. cit. p. 165.

¹⁰⁴ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p. 146.

¹⁰⁵ Ibid. p. 147.

no caso de se pretender a associação de novas empresas na exploração petrolífera, normalmente por se pretender uma partilha de encargos e o contributo de novas tecnologias ou técnicas de produção ou ainda o intercâmbio da experiência adquirida no sector. Em relação a sessão total, normalmente acontece quando a companhia petrolífera não está em condição de assegurar a execução do contrato celebrado, o que justifica a transferência para outra entidade com essa capacidade técnica.¹⁰⁶

Os acordos de utilização, *utilization agréments*, correspondem ao agregamento de contratos e poços petrolíferos numa formação de produção conjunta para desenvolver operações relativas uma única área ampla. A decisão pode ser desencadeada por decisão dos participantes na exploração petrolífera ou ser imposta por entidade reguladora.¹⁰⁷

Companhias petrolíferas e terceiros frequentemente também celebram contratos diversos para o desenvolvimento das atividades do sector. Entre os mais notórios termos contratuais, encontram-se aqueles celebrados para a realização de estudos sísmicos, os contratos para a perfuração de poços, contratos de apoio à prospecção, contratos de prestação de serviços no âmbito dos poços petrolíferos e também os contratos relativos à concessão de *royalties* sobre a produção petrolífera.¹⁰⁸

Os contratos *midstream* correspondem àqueles pelos quais se convencionou a transformação do crude num produto energético utilizável, incluindo o desenvolvimento de infraestruturas, o processamento e transporte da matéria prima, a sua conversão num produto energético e todos os outros processos de conexão entre o setor *upstream* e o setor *downstream*. O contrato mais comum neste setor é o termo de compra e venda de petróleo bruto, o qual pode ser celebrados a nível regional ou internacional. Correspondem a contratos mais simples entre exportadores e importadores, produtores e outros agentes da cadeia económica ou simplesmente entre participantes de uma mesma *joint venture*.¹⁰⁹

Por fim, os contratos *downstream* tem por objeto a refinação, comercialização, venda, distribuição e entrega ao consumidor dos produtos energéticos acabados. Sendo orientados ao consumidor final, apresentam uma natureza contratual diferente, pois não assentam necessariamente em relações duradouras entre Estados e multinacionais petrolíferas, nem envolvem sempre grandes investimentos de capital ou risco elevados.¹¹⁰

A partir dos apontamentos feitos, é possível constatar, em regra, que a relação estabelecida na atividade de exploração e produção de petróleo é uma relação contratual internacional com obrigações mútuas entre as partes e com elementos conectivos a diferentes ordenamentos

¹⁰⁶ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p. 150.

¹⁰⁷ Ibid. p. 154.

¹⁰⁸ Ibid. p. 157.

¹⁰⁹ Ibid. p. 164.

¹¹⁰ Ibid. P. 165.

jurídicos. É também possível concluir que, em relação ao conteúdo e objeto dos contratos, ainda que acentuado as características de um negócio privado, a natureza pública decorre da disponibilidade do domínio público para o desenvolvimento da atividade petrolífera, a qual deve atender as expectativas comum do interesse público, além do facto que uma das partes contratantes possuir, direta ou indiretamente, o poder normativo regulador da atividade objeto do contrato, o que fatalmente se converte em posição de desigualdade aos demais contratantes.

II.II – CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS

Muitos Estados desejam atrair investimentos estrangeiros relacionados à pesquisa de recursos naturais, em infraestrutura, com objetivo de criar riqueza para o Estado e oportunidades económicas para os seus cidadãos. Trata-se de um caso específico do ramo petrolífero.¹¹¹

Esses projetos podem envolver gastos maciços de muitos milhões e muitas vezes levará vários anos até que haja algum retorno sobre o investimento deste capital, sendo que muitos desses projetos são financiados por instituições financeiras internacionais e bancos de desenvolvimento. Os investidores e credores, compreensivelmente, procuram reduzir o risco de investimento tanto quanto possível. Isto porque a possibilidade de uma alteração na lei do Estado de acolhimento, que resulte em custos adicionais como por exemplo, os aumentos de impostos ou ainda receitas reduzidas como em casos de imposição de controlos de exportação ou mesmo perda de propriedade ou controlo, constitui um risco significativo para a viabilidade de um projeto.¹¹²

É comum nestes casos que os Estados, anfitrião e hospedeiro da companhia investidora, celebrem acordos na forma de tratados internacionais, que incluem cláusulas de investimentos, que em regra se aplicam a investimentos qualificáveis, que devem ser observados pelo Estado anfitrião, como a obrigação de conceder tratamento justo e equitativo e a proibição de expropriação ilegal. Muitos destes tratados de proteção do investimento incluem também uma disposição segundo a qual o Estado de acolhimento deve cumprir qualquer obrigação que tenha assumido relativamente ao investimento, a chamada cláusula de salvaguarda. Os padrões de proteção contidos em tratados de proteção de investimento são interpretados e aplicados de acordo com o direito internacional, e geralmente permitem que um investidor busque indenização por suposta violação por meio de arbitragem internacional.¹¹³

A necessidade de construir um quadro legislativo e regulatório estável, que governe o desenvolvimento do projeto e normalize e justifique o quadro de relações entre as partes é

¹¹¹ SHEPPARD, AUDLEY; CROCKETT, ANTONY, *Sustainable Development in World Investment Law*, Cordonier Segger, Gehring and Newcombe; Jan 2011, p. 333, disponível em: kluwerarbitration.com.

¹¹² SHEPPARD, AUDLEY; CROCKETT, ANTONY..., op. cit. p. 333.

¹¹³ Ibid. p. 334.

sentida como necessidade entre todos os projetos de exploração petrolífera de longo prazo. A proteção contra alterações no sistema político ou tentativas de intervenção no normal desenvolvimento contratual exacerbam a importância de elementos estabilizadores e de resolução de disputas.¹¹⁴

As cláusulas de estabilização podem ser definidas como o termo de um contrato celebrado entre um investidor e um Estado hospedeiro com intuito de abordar mudanças jurídicas neste Estado durante a vigência do projeto,¹¹⁵ os quais, como já mencionados, têm por características serem contratos de longas durações.

As cláusulas de estabilização são interpretadas de acordo com a lei vigente do contrato de investimento, podendo esta ser a lei do Estado anfitrião ou qualquer outra lei acordada pelas partes, incluindo direito o internacional, ou ainda a lei de investimento estrangeiro do Estado anfitrião. Estas cláusulas têm sido uma característica importante dos acordos de investimento de longo prazo desde a década de 1970, quando surgiram inicialmente para proteger os investidores estrangeiros contra a expropriação e contra mudanças nas leis fiscais e outros regulamentos que afetam o investidor.¹¹⁶

Em regra, as cláusulas de estabilização estão dispostas em três principais categorias:¹¹⁷ As cláusulas de congelamento têm por intuito indicar que a base legal vigente no país no período da assinatura do contrato manterá se em vigor durante toda a extensão do projeto, independente de qualquer alteração jurídica posterior. As cláusulas de equilíbrio económico, por sua vez, exigem que um investidor cumpra as novas leis arbitradas no decorrer da vigência do contrato mediante a compensação pelo Estado anfitrião. Esta compensação pode ser na forma de descontos, alteração do prazo do projeto ou ainda por meio de alteração tributária, por exemplo. Há ainda a previsão das cláusulas híbridas, uma junção das cláusulas de congelamento e de equilíbrio económico.¹¹⁸

Importante destacar que a capacidade deste tipo de cláusulas limitarem em absoluto os poderes de atuação estatal é circunscrita. Perante os muitos amplos e irrenunciáveis poderes da soberania estatal, legislativa e administrativa, a eficácia legal destas cláusulas é muitas vezes insuficiente e, consequentemente, insuscetível de por si só enquadrar de forma firme os pressupostos jurídicos da decisão de investimento. É também inevitável a compreensão de que, alicerçadas num poder coercitivo fáctico, as opções governativas estatais se impõem, na maioria das

¹¹⁴ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 409.

¹¹⁵ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p. 155.

¹¹⁶ SHEPPARD, AUDLEY; CROCKETT, ANTONY..., op. cit. p. 334.

¹¹⁷ A matéria que envolve as cláusulas de estabilização nos contratos de investimentos é muito abrangente, o que nos permitiria escrever todo um trabalho voltado apenas para este tema. No presente estudo, a intenção é apenas indicar que as cláusulas de estabilização são características nos contratos no setor petrolífero.

¹¹⁸ SHEPPARD, AUDLEY; CROCKETT, ANTONY..., op. cit. p. 334.

vezes, sobre os direitos de entes privados e seus ativos, independentemente de acordos previamente constituídos.¹¹⁹

Sempre que um contrato de investimento não seja cumprido pelo Estado hospedeiro, o investidor privado poderá recorrer aos remédios jurídicos disponíveis para satisfazer o contrato e balancear a relação jurídica eventualmente abalada entre as partes. A arbitragem internacional estabelecida perante tribunais arbitrais institucionalizados ou *ad hoc* são estatisticamente a principal via de resolução destes litígios, onde é garantido a igualdade entre as partes, o que talvez não ocorra nos tribunais do Estado, bem como seja respeitado o princípio da indisponibilidade do interesse público.¹²⁰

Uma crítica feita a inserção destas cláusulas nos contratos do setor petrolífero está diretamente ligada a fatores económicos, ambientais e sociais das indústrias nas quais as cláusulas de estabilização têm sido usadas, uma vez que podem representar uma restrição da capacidade dos governos de introduzir reformas relacionadas aos direitos humanos nos Estados hospedeiros, muitas vezes em desenvolvimento e necessitados de reformas legislativas.¹²¹

III – ARBITRAGEM

III.I – BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM

Sabe-se que a arbitragem já existe desde os tempos mais remotos onde as civilizações utilizavam-se deste meio de resolução de litígios para sanar os conflitos existentes entre as pessoas. O processo de expansão do uso da arbitragem ocorreu especialmente devido à ausência de um Estado com forte prerrogativa para a resolução de litígios entre seus governados.¹²²

A arbitragem foi o primeiro meio quase jurisdicional de resolução de conflitos, com sua origem datando à antiguidade pré-cristã.¹²³ Durante a idade média, era comum o Papa e o Imperador intervirem como mediadores, conciliadores e árbitros, recorrendo-se frequentemente à aplicação do direito canónico.¹²⁴

¹¹⁹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 409.

¹²⁰ DIAS, NÉLIA DANIEL, *A Estabilidade nos Contratos Petrolíferos Internacionais e Alguns dos Princípios Gerais de Direitos Conexos: do Mito à Realidade*, Revista Ordem dos Advogados, ano 71 – Vol. III – Jul/Set, 2011, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2011/ano-71-voliii-jul-set-2011/doutrina/>

¹²¹ Amnesty International UK, *Human Rights on the Line: The Baku-Tbilisi to Ceyhan Pipeline Project* (2003) (*Human Rights on the Line*), online: Amnesty International, www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_14538.pdf

¹²² CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS, *Arbitragem – Lei no 9.307/96*, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 56.

¹²³ MACHADO, JÓNATAS E. M., *Direito Internacional: do paradigma clássico pós 11 de setembro*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 681.

¹²⁴ Ibid., p. 682

Ao nascer dos Estados modernos a arbitragem foi abandonada, especialmente porque os novos Estados, preocupados com sua soberania, não aceitavam julgamentos delegados à terceiros. Foi a partir do século XVIII que a arbitragem renasceu no cenário internacional.¹²⁵

Com o aumento relevante das relações internacionais, quer no âmbito público, quer no privado, a arbitragem passou por severa evolução. Em tempos modernos, o Tratado de Jay também conhecido como Tratado de Londres de 1794, é tido como um marco, já que reestabeleceu as relações políticas e económicas entre os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha por meio da arbitragem.¹²⁶

A arbitragem viu o seu estatuto internacional reforçado a partir das Conferências de Paz de Haia de 1897 e 1907 quando foi criado o Tribunal Permanente de Arbitragem internacional. Houve ainda especial atenção a este mecanismo de solução de controvérsias no Protocolo de Genebra de 1924, nos Acordos de Locarno de 1925 e na Acta Geral sobre resolução Pacífica de Conflitos de 1928.¹²⁷

Já em 1958 foi assinada a Convenção de Arbitragem de Nova Iorque que teve como principal objetivo tornar a arbitragem um modo eficaz de solução dos litígios internacionais nas intensas relações económicas pós Segunda Guerra Mundial, bem como apresentar-se como solução face às deficiências da Convenção de Genebra.¹²⁸

Foi na segunda metade do Século XX que a arbitragem ganhou os principais contornos no segmento comercial com três áreas distintas de atuação: a resolução de litígios entre Estados soberanos, com disputas originadas por decisões de um Estado que afetam os interesses de outro Estado; a resolução de litígios entre um Estado soberano e uma empresa privada estrangeira investidora neste Estado, com disputas relacionadas ao abuso do poder político pelo Estado recetor com reflexos nas condições de execução do contrato; e a resolução de litígios entre empresas ou entidades privadas em geral ganhou notoriedade e se desenvolveu após a publicação de algumas leis de arbitragem na Europa Ocidental e nos Estados Unidos e a mundialização da economia, o que abriu novos e importantes campos de atuação da arbitragem.¹²⁹

Nas atividades petrolíferas, alguns casos podem ser mencionados para indicar a evolução da arbitragem neste sector. Entre 1949 e 1963 vários Estados do Golfo Pérsico proclamaram unilateralmente sua jurisdição sob o leito do mar e o subsolo de sua plataforma continental, o que levou as concessionárias a reivindicarem a extensão correspondente de seus direitos de concessão. Alguns casos tiveram especial repercussão, como o caso *Petroleum Development Ltd*

¹²⁵ CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRUNOVER, ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, Teoria Geral do Processo, 27ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 79.

¹²⁶ SHAW, MALCOLM, International Law, 4ª edição, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

¹²⁷ MACHADO, JÓNATAS..., op. cit. p. 683.

¹²⁸ Ibid., p. 684.

¹²⁹ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 63.

v Ruler of Qatar em 1950, *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company* em 1958 e ainda *Sapphire International Petroleum Ltd v National Iranian Oil Corporation* no ano de 1963.¹³⁰

Casos de nacionalização também marcaram a história das arbitragens no setor petrolífero. *BP Exploration Company (Libya) Ltd v Government of the Libyan Arab Republic* em 1973, *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v Government of the Libyan Arab Republic e Libyan government to the Libyan American Oil Company (Liamco) v Government of the Libyan Arab Republic* ambas no ano de 1977. Destaque para o facto que em nenhum desses casos, a Líbia participou do processo e os árbitros únicos foram nomeados pelo presidente da Corte Internacional de Justiça de acordo com os termos das concessões.¹³¹

Por fim, vale destacar os eventos revolucionários no Irão a partir do final da década de 1970 que levaram a uma série de medidas que afetaram os interesses das empresas petrolíferas estrangeiras. Estes eventos culminaram com a adoção de um Ato de Artigo Único sobre a nacionalização da indústria petrolífera do Irão de 8 de janeiro de 1980, segundo o qual todos os contratos de petróleo analisados por uma comissão especial nomeado pelo Ministro do Petróleo e considerados contrários a Lei da Indústria Petrolífera Iraniana de 5 de maio de 1951 seriam anulados e as reclamações resultantes da celebração e execução de tais acordos resolvidas por decisão da referida comissão. A medida autoritária do governo iraniano acarretou na criação do Tribunal Arbitral de Reivindicações dos Estados Unidos-Irão, sendo várias disputas apresentadas por investidores americanos.¹³²

III.II – CONCEITO DE ARBITRAGEM

A arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes. Tem como elementos centralizadores a função jurisdicional pautada na resolução de litígios, a convenção de arbitragem como fonte principal, os árbitros como titulares da função arbitral e ainda o reconhecimento legal do processo.¹³³

Em outras palavras, pode-se definir a arbitragem como a instituição pela qual um terceiro decide sobre uma disputa entre duas ou mais partes, exercendo o mandato jurisdicional que lhe foi conferido por um segundo. Deve acrescentar-se que tal terceiro atua em caráter privado e não exerce cargo público.¹³⁴

¹³⁰ WALTER, ANDRÉ VON, *Oil Concession Disputes, Arbitration on*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, MPEPIL, p. 187. disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e187?rskey=J8PPKF&result=2&prd=OPIL>

¹³¹ Ibid. p. 188.

¹³² Ibid. p. 189.

¹³³ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*..., op. cit., p. 33.

¹³⁴ POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, Second Edition, London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 1

Em sua definição clássica, a arbitragem corresponde a um modo de resolução de controvérsias entre duas ou mais partes com poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes. Corresponde a um instrumento de solução de controvérsias extrajudicial que afasta o formalismo exagerado das tradicionais Cortes dos Estados e busca dar celeridade na resolução de conflitos.¹³⁵

O consentimento das partes é elemento presente na arbitragem, tendo como escopo fornecer poderes para que os árbitros decidam sobre a controvérsia, assim como também limita estes mesmos poderes para que a sentença seja proferida apenas sobre os pontos determinados no contrato celebrado entre as partes. É este consentimento que irá nortear os árbitros relativamente ao cumprimento de regras, procedimentos e lei aplicável, previamente escolhidos pelas partes.¹³⁶

A arbitragem tem como característica a flexibilidade processual, a informalidade e a eficiência, atributos-chave do processo arbitral e centrais para a preferência da comunidade empresarial pelo instituto da arbitragem, a incluir o sector petrolífero. É consenso entre os utilizadores e observadores do sistema arbitral que os procedimentos de arbitragem comercial possuem maior probabilidade de produzir resultados sensatos e facilitar a liquidação do direito do que os litígios propostos nos Tribunais dos Estados.¹³⁷

As partes se vinculam a submeter os litígios, existentes ou futuros, a um tribunal arbitral por meio da convenção de arbitragem. Por este ato de liberdade de vontade, as partes determinam que os litígios entre si, emergentes de uma certa relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tenham já surgido ou que venham a surgir no futuro, serão resolvidos por um terceiro, através de uma decisão que fará caso julgado e é suscetível de ser judicialmente executada.¹³⁸

Quando as partes celebram uma convenção de arbitragem e concordam em submeter determinado litígio a este meio alternativo de resolução de conflitos, elas subitamente abrem mão do direito de buscarem amparo nos tribunais Estaduais, sendo certo que a disputa será resolvida por via privada, fora da alçada de qualquer corte do sistema jurisdicional do Estado. Nesta convenção de arbitragem as partes podem definir como será o processo de resolução do litígio, com a escolha da lei aplicável, o local onde a arbitragem será instaurada, a língua adotada no processo, além de terem a faculdade de indicar quem serão os árbitros responsáveis pelo julgamento do caso.¹³⁹

A delimitação do objeto da convenção de arbitragem é de fundamental importância para sua validade, uma vez que se entende que a sua determinação não é possível por meio da integração. A integração de lacunas contratuais circunscreve-se a situações em que uma

¹³⁵ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem...*, op. cit. p. 32

¹³⁶ MOSES, MARGARETH L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Second Edition, New York: Cambridge University Press, 2012.

¹³⁷ BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014. P. 69.

¹³⁸ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem ...*, Op. Cit. p. 144.

¹³⁹ MOSES..., op. cit., p. 18.

questão inserida no conteúdo do contrato, tal como resulta da sua interpretação, não encontra solução completa no mesmo contrato. Entretanto, deve-se mencionar que a integração das convenções arbitrais é, porém, admissível em relação a outros aspetos, tais como a composição do tribunal, as regras de processo ou o direito aplicável ao fundo da causa.¹⁴⁰

A convenção de arbitragem é um negócio jurídico e tem sempre como fonte a vontade das partes, não podendo resultar de um negócio unilateral. As partes podem livremente celebrá-la e, com respeito aos limites da lei, acordar o seu conteúdo. Este conceito abre margem a discussão sobre a natureza da convenção de arbitragem, como um negócio substantivo ou um negócio processual. A primeira corrente destaca o aspeto substantivo de resolução de litígio, tal como a opção pelas partes por um outro meio de resolução de litígios, com reflexo em suas vidas económicas, e a preservação das relações pré-existentes, enquanto a corrente processual defende principalmente os efeitos processuais da celebração da convenção de arbitragem.¹⁴¹

A submissão à arbitragem está geralmente contida em uma cláusula embutida em um contrato celebrado pelas partes, o que demonstra que a escolha pela via arbitral ocorreu antes do surgimento de determinado conflito. Entretanto, no caso de não haver nenhuma previsão contratual acerca da vinculação ao procedimento arbitral e pela ocasião do surgimento de um litígio, as partes podem posteriormente acordarem em submeter o litígio, na integralidade ou parte dele, a um tribunal arbitral.¹⁴²

Trata-se da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.¹⁴³ A cláusula compromissória se revela como uma cláusula inserida em um contrato, vulgarmente designado como contrato principal¹⁴⁴, onde a cláusula tem a função acessória de estabelecer o meio de resolução de eventuais litígios futuros dele emergentes. Por outro lado, o compromisso arbitral faz referência à escolha da via arbitral como meio para a resolução de litígios já existentes.¹⁴⁵

Muito se discute sobre a separação da convenção de arbitragem do contrato principal. Em consenso majoritário, a validade da convenção de arbitragem deve ser avaliada separadamente do contrato ou da relação principal, considerados que as partes não celebraram um,

¹⁴⁰ VENTURA, RÁUL, *Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais*, Revista da Ordem dos Advogados n.º 46, vol. I, 1986, p. 330.

¹⁴¹ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem ...*, op. cit., p. 144.

¹⁴² MOSES..., op. cit., p. 18.

¹⁴³ Em inglês, corresponde a *arbitration clause* e *submission agreements*, respetivamente.

¹⁴⁴ A definição não parece a mais adequada, uma vez que a cláusula não tem de constar do documento em que o contrato principal está exteriorizado, o que acarretaria em um formalismo ao qual o instituto da arbitragem não está contextualizado. Por exemplo, a cláusula pode estar contida em um outro contrato ou constar em um documento avulso, com referência ao contrato principal. Apud BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem ...*, op. cit., p. 145.

¹⁴⁵ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem ...*, op. cit. p. 168.

mas sim dois acordos com natureza e objetos diversos, sendo que um não depende do outro para existir.¹⁴⁶

Portanto, as convenções de arbitragem são contratos definitivos e não contratos-promessa, uma vez que a eficácia entre as partes não depende da celebração de qualquer outro contrato posterior e ainda deve sobreviver mesmo em casos nulidade, rescisão ou novação do contrato principal, sendo garantido ao árbitro o poder de determinar sua própria competência, como também a validade ou existência do contrato.¹⁴⁷

E mais, é a partir desta separação entre os termos gerais do contrato e as disposições relativas à convenção de arbitragem é que se faculta a possibilidade da escolha de uma norma reguladora aplicável à convenção diferente daquela que norteia os termos gerais do contrato celebrado.¹⁴⁸

Uma das mais relevantes decisões que as partes precisam tomar no momento da celebração da convenção de arbitragem é se elas querem que o processo arbitral seja administrado por um tribunal institucionalizado ou se o processo correrá por um tribunal *ad hoc*.

As partes podem confiar a um centro de arbitragem a gestão geral do processo que, mediante um contrato celebrado entre as partes intervenientes, se encarregará de questões como a constituição do tribunal arbitral, o apoio concedido à organização e a condução do processo pelo árbitro. No caso da arbitragem institucionalizada, o centro de arbitragem não tem quaisquer funções nem competência para resolver o litígio ou para propor o modo da sua resolução, sendo esta função garantida ao árbitro ou árbitros nomeados. Por outro lado, na arbitragem *ad hoc* não há apoio de um centro de arbitragem. A nomeação dos árbitros é tarefa das partes ou de entidade nomeadamente indicada pelas partes e, em último caso e na falta de consenso, a tarefa será incumbida a um tribunal judicial. Caberá aos árbitros o trabalho de organização e condução do processo, eventualmente com apoio de um secretário.¹⁴⁹

Não há um modelo melhor a ser seguido, a escolha pela arbitragem institucionalizada ou *ad hoc* vai depender da intenção e disponibilidade das partes. Na arbitragem institucionalizada, tem-se por vantagem o desempenho de várias funções administrativas pela instituição arbitral, garantindo maior celeridade ao processo, inclusive, cabendo a instituição a nomeação dos árbitros e a cobrança dos honorários e taxas. Outro ponto positivo corresponde ao facto de que normalmente a instituição de arbitragem já tem notoriedade no meio jurídico, suas regras são respeitadas e foram testadas em diversos casos e geralmente estas instituições são bastante eficazes para lidar com a maioria dos casos que porventura lhes são propostos à resolução. A arbitragem *ad*

¹⁴⁶ POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN..., op. cit., p. 133.

¹⁴⁷ VENTURA, RÁUL..., Op. Cit., p. 289.

¹⁴⁸ Ibid. p. 293.

¹⁴⁹ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit., p. 93

hoc, por outro lado, garante as partes a oportunidade de elaborar um procedimento cuidadosamente adaptado ao tipo de disputa e interesse das partes, sendo viável apontar as próprias regras que serão utilizadas no procedimento arbitral, além de negociar taxas e despesas com a arbitragem.¹⁵⁰

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, globalizados, onde o sector petrolífero está inserido, a arbitragem ganha conotação internacional e é conhecida como um meio pelo qual as disputas comerciais internacionais podem ser definitivamente resolvidas, por acordo das partes, por tomadores de decisões independentes, não governamentais, selecionados por ou para as partes, aplicando procedimentos judiciais neutros, proporcionando às partes uma oportunidade de serem ouvidas.¹⁵¹

Em forma mais conceitual e direcionado ao foco de estudo deste trabalho, a arbitragem internacional pode ser definida como um meio jurisdicional provado e voluntário de resolução de um litígio, de carácter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um Estado, que é suscetível de ser resolvido pela via arbitral e relativa a interesses privados ou a interesses público-privados que não deve ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos.¹⁵²

Apesar do carácter internacional da arbitragem, grande parte das normas que lhe dão conteúdo provêm de fonte estadual nacional, sendo resultado do modo como o direito nacional dos Estados têm dedicado maiores atenções à arbitragem internacional e a forma como concebem o conteúdo, a eficácia e a importância económica e social da arbitragem na resolução de conflitos internacionais. Outro fator interno relevante corresponde à introdução de normas em seus ordenamentos referentes ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.¹⁵³

Além disso, arbitragem internacional ainda possui fontes públicas internacionais e fontes privadas que norteiam sua funcionalidade e aplicabilidade no cenário comercial internacional.

As fontes públicas reguladoras da arbitragem internacional ou que por elas são aplicadas, desempenham um importante papel na arbitragem comercial internacional. As convenções internacionais constituem a fonte mais consistente e de mais amplo efeito, podendo ter âmbito bilateral ou multilateral. Estas são geralmente exclusivas sobre o tema da arbitragem e ganham especial relevância por vincularem um grande número de Estados signatários e consequentemente introduzem um sistema pacífico e aceito em boa parte da comunidade internacional. Aqueles, por sua

¹⁵⁰ MOSES..., op. cit., p. 8.

¹⁵¹ BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014. p. 65.

¹⁵² BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem...*, op. cit. p. 555.

¹⁵³ Ibid. p. 576.

vez, referem-se a regras de arbitragem de forma incidental, pois tratam igualmente de outras matérias, sendo comuns em tratados de proteção de investimentos ou de assistência jurídica.¹⁵⁴

Há várias razões pelas quais a arbitragem é o meio preferido para resolver disputas comerciais internacionais. De maneira simplificada e a considerar as características gerais da arbitragem, a arbitragem internacional a qual o processo de resolução de disputas disponibilizado às partes é neutro – muitas das vezes o litígio ocorre entre entes privados e o Estado ou empresas públicas – rápido e especializado, amplamente sujeito ao controle das partes, em um único fórum centralizado, com acordos de solução de controvérsias internacionalmente executáveis. Outro ponto relevante refere-se a sentença proferida em processo arbitral internacional, onde a sentença é executada tanto em âmbito nacional quanto internacionalmente em todos Estados envolvidos.¹⁵⁵

A arbitragem internacional absorve diversos princípios e regras comuns da arbitragem nacional. Porém, há certos aspetos que particulariza a arbitragem internacional significativamente e merecem ser aqui apontados.

A pensar inicialmente no árbitro, na arbitragem internacional a figura do julgador tem um maior grau de autonomia na condução do processo arbitral do que o árbitro na arbitragem interna, dado que, não devendo obediência rígida a um estatuto de arbitragem fixado pela lei de determinado Estado, goza de acentuada liberdade na escolha das normas reguladoras do processo arbitral e da lei aplicável ao mérito da causa. Na verdade, essa liberdade é relativa, uma vez que os árbitros devem aplicar a lei indicada pelas partes para regular o mérito da causa e ao processo arbitral. Apenas na ausência de indicação é que o árbitro aplicará a lei por ele indicada como a ideal para solucionar o litígio, com observância da ordem pública transnacional e com especial atenção às leis internas dos Estados em que seja suscetível a sentença arbitral vir a ser executada, com intuito de lhe conferir maior efeito útil.¹⁵⁶

No cenário internacional o árbitro dispõe de um conjunto próprio de normativos suscetíveis de aplicação, quer ao processo arbitral, quer ao mérito da causa. É o caso dos usos comerciais internacionais, do costume arbitral internacional e, em geral, do que modernamente se tem denominado de direito arbitral transnacional ou *lex mercatoria* composto pelo costume internacional, os princípios gerais de direito comuns à comunidade internacional, os regulamentos dos tribunais internacionais de arbitragem e a ordem pública transnacional interpretada ou aplicada pela jurisprudência e pela doutrina dos principais Estados que se dedicam à arbitragem internacional.¹⁵⁷

¹⁵⁴ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem...*, op. cit., p. 582.

¹⁵⁵ BORN..., op. cit., p. 72.

¹⁵⁶ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem ...*, op. cit., p. 557.

¹⁵⁷ Ibid. p. 558.

Por fim, o princípio *in favorem validitatis* ou da presunção da validade da convenção de arbitragem, que encontra na arbitragem internacional, como consequência da sua necessidade ao comércio, o seu campo de aplicação preferencial. Este princípio representa um certo benefício pró-arbitragem no caso de se colocarem, postuladas pelas leis de diversos Estados potencialmente aplicáveis, soluções antagónicas ou dubitativas relativas à validade ou eficácia da convenção de arbitragem. O princípio é contemplado pelo princípio *in favor em arbitrandum* que se estende ao processo arbitral e à sentença arbitral o mesmo regime de presunção de validade em caso de dúvida.¹⁵⁸

Para concluir a conceitualização da arbitragem e sua vertente internacional, destaca-se que a convenção de arbitragem internacional está ancorada em quatro vertentes principais e indispensáveis no termo arbitral acordado entre as partes.

Inicialmente, deve-se destacar o lugar da arbitragem, sendo esta, talvez, a mais importante das variáveis para a arbitragem internacional. A escolha do lugar da arbitragem traz maior segurança jurídica ao procedimento quando determina qual lei deverá nortear o processo arbitral,¹⁵⁹ assim como determina quais tribunais podem supervisionar e auxiliar no procedimento arbitral, incluindo neste aspeto a competência para julgar uma ação anulatória e, por fim, determina a nacionalidade da sentença arbitral, indispensável para questões de execução.¹⁶⁰

As outras variáveis indispensáveis para a configuração da convenção de arbitragem internacional estão ligadas a escolha da instituição ou das regras do processo arbitral no caso da opção pela arbitragem *ad hoc*, ao número de árbitros que irão julgar e administrar o mérito, e ainda a língua adotada no processo arbitral, devendo esta ser confortável para ambas as partes e também para os árbitros que irão julgar o mérito, evitando assim problemas de argumentação e interpretação.¹⁶¹

A partir dos conceitos apresentados, conclui-se a arbitragem internacional constitui um meio indispensável para a resolução de conflitos internacionais comerciais, correspondendo ao meio pelo qual são respeitadas as garantias básicas de um julgamento igualitário, neutro e em concordância com a vontade das partes de resolverem determinada demanda sem a interferência dos Estados.

III.III – A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

¹⁵⁸ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem...*, op. cit. p. 559.

¹⁵⁹ Este conceito faz menção a lei a ser adotada no procedimento arbitral, não no julgamento do mérito da causa.

¹⁶⁰ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN, *International Arbitration and Mediation, A practical Guide*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010., p. 21.

¹⁶¹ Ibid. p. 70.

O acesso à justiça não pode ser entendido como simples acesso ao judiciário. No mundo contemporâneo, outras formas de solução de conflitos, tanto adjudicatórias como autocompositivas são conhecidas e passíveis de solucionar conflitos das mais diversas naturezas.

A função jurisdicional tradicional é de índole substantiva, destinada a solucionar um conflito de interesses, tal como apresentada ao Estado, representado pelo juiz, sob a forma e na medida da lei. Este juiz deverá afirmar, em forma de sentença, a existência de uma vontade concreta da lei favorável àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica.¹⁶²

A natureza jurídica da arbitragem detém a chave para a identificação dos padrões legais e convencionais disponíveis para os árbitros em disputas internacionais e está diretamente relacionada com a autonomia das partes.¹⁶³

A doutrina não é pacífica no que se refere a natureza jurídica da arbitragem, ainda que algumas das teorias propostas não possuem uma aplicabilidade prática muito destacável. Por certo, a análise da natureza jurídica da arbitragem passa pelo entendimento da convenção de arbitragem, o estatuto dos árbitros e também a eficácia da arbitragem conferida por lei.¹⁶⁴

Mesmo em nível regional, os Estados tratam a natureza jurídica da arbitragem de maneiras diferentes e, como dito, têm poucas ramificações práticas. Em âmbito internacional, estas teorias mostram como o processo arbitral, ainda que distantes dos sistemas nacionais, mas com algum reconhecimento e amparo legal das legislações internas, pode ser explicado à luz da soberania e do controle da ordem pública nacional.¹⁶⁵

A teoria jurisdicional é definida como aquela que depende do poder do Estado para controlar e regular as arbitragens que ocorrem dentro da sua jurisdição. De acordo com a teoria jurisdicional, o Estado permite em seu território sistemas de justiça administrados privadamente – delegada ou paralela – por meio de designação ou tolerância. Isso decorre do efeito legal que um Estado e seu sistema normativo atribui a uma convenção de arbitragem e a uma sentença arbitral, o que leva a conclusão de que os árbitros exercem função pública.¹⁶⁶

Neste sentido, o árbitro, tal como o juiz estatal, efetivamente conhece a matéria deduzida pelas partes, seja ela de fato ou de direito, e produz, também tal como a autoridade judiciária, uma decisão definitiva que vincula as partes e as impede de proporem nova demanda acerca da mesma matéria. Sua atuação é, portanto, rigorosamente idêntica à de um juiz num processo declaratório, podendo o árbitro impor às partes suas decisões instrutórias, determinando, por exemplo, a produção das provas que contribuirão para o seu convencimento, ou o desentranhamento de

¹⁶² NETTO, JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 42.

¹⁶³ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 71.

¹⁶⁴ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit., p. 34.

¹⁶⁵ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., Op. Cit., p. 72.

¹⁶⁶ Ibid. p. 74.

documentos, e ainda, decidir sobre o cabimento ou não de medidas cautelares. Outro sinal que aponta para o reconhecimento desta corrente pode ser visto em países que dispensam a necessidade de homologação judicial aos laudos arbitrais.¹⁶⁷

Outra teoria existente defende que a arbitragem tem caráter contratual e que sua origem, existência e continuidade dependem do acordo entre as partes. Em regra, quem defende esta teoria nega o controle do Estado e argumentam que a própria essência da arbitragem é que ela é criada pela vontade e consentimento das partes. A sustentação desta teoria ancora-se no fato de todo o processo arbitral ser baseado em arranjos contratuais, a incluir a convenção de arbitragem e a extensão da sentença a ser proferida pelos árbitros.¹⁶⁸

Ainda sobre esta teoria, existem alguns posicionamentos que direcionam para novos tempos da arbitragem sem relação contratual, o que pode ser ilustrado pela previsão do início unilateral do processo no Tratado de 1965 do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos do Banco Mundial ou no Tratado da Carta de Energia de 1994. Nestes casos, a jurisdição dos árbitros deriva do consentimento inicial dos Estados ou entidade pública sob comando do Estado e o consentimento subsequente do requerente, que aceita a jurisdição do árbitro e dá-se início a arbitragem.¹⁶⁹

Os defensores da teoria mista ou híbrida defendem que a arbitragem teria tanto características de direito público com de direito privado. A afirmação decorre do facto de que em um primeiro momento a arbitragem é estabelecida por um contrato, seja na forma de convenção, seja na forma de tratado e posteriormente depende da jurisdição estatal para sua existência. Em outras palavras, a teoria mista assume que tanto a teoria contratual quanto a jurisdicional têm fundamento, pois a arbitragem de facto se origina da vontade das partes, e ao mesmo tempo depende de uma lei estatal que lhe confira validade e eficácia, inclusive a executiva.¹⁷⁰

Esta ideia tornou-se a teoria dominante mundial, já que é possível encontrar elementos da teoria jurisdicional e da teoria contratual nas legislações e na prática moderna da arbitragem comercial internacional, onde se assume que há um sistema de justiça privada criado por contrato. Assim, tanto a origem contratual como a função jurisdicional têm uma influência importante na arbitragem e, como efeito, reconhece-se a forte, embora não esmagadora, conexão entre a arbitragem e o lugar onde o tribunal tem a sua sede.¹⁷¹

A teoria desenvolvida mais recentemente presume que a arbitragem evoluiu em um regime emancipado e, portanto, possui caráter autónomo. A argumentação é baseada na

¹⁶⁷ FERNANDES, MICAELA BARROS BARCELOS, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução*, Curitiba: Juruá, 2005. p. 31.

¹⁶⁸ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 77.

¹⁶⁹ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 78.

¹⁷⁰ FERNANDES..., op. cit., p. 33.

¹⁷¹ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 79.

possibilidade do carácter da arbitragem, de facto e de direito, ser determinada através do seu uso e do seu propósito e, assim, não pode ser classificada como contratual ou jurisdicional, da mesma forma que não é uma entidade mista.¹⁷²

O procedimento da arbitragem justifica sua autonomia, vez que tomado em um determinado lugar, notadamente o internacional, pode ignorar a lei local, que poderá, inclusive, considerar o laudo ao final produzido inválido, mas nem por isso a arbitragem deixará de produzir efeitos no mundo jurídico. Desta forma, uma sentença pode ser válida em um Estado e não ser em outro, tendo em vista que a arbitragem pode utilizar outras regras que não as aplicadas no local de execução.¹⁷³

A teoria autónoma é uma teoria mista refinada que desenvolve o regime para refletir o mercado. Ele reconhece os elementos jurisdicionais e contratuais no regime de arbitragem, mas desloca o foco do controlo que a lei da sede da arbitragem pode exercer para a autonomia das partes, de modo a acordarem em participar tanto a nível contratual quando ao nível legal do processo arbitral.¹⁷⁴

Em suma, a arbitragem internacional consolida-se como a primeira opção no mundo dos negócios internacionais porque pode ser estipulada em conformidade com as necessidades particulares de determinado negócio. Essa prática arbitral tem contribuído para a atualização ou surgimento de novas leis nacionais com menos barreiras à arbitragem e também novos instrumentos internacionais para regulamentar o que de facto acontece na prática do mercado. É esta prática, e não a lei, que determinam as mudanças na arbitragem internacional.¹⁷⁵

III.IV – ARBITRABILIDADE DO LITÍGIO INTERNACIONAL

A arbitrabilidade constitui matéria da maior importância no estudo da arbitragem. Pode existir uma convenção de arbitragem e estarem cumpridos todos os requisitos de validade, mas se o litígio não for arbitrável não será possível resolver o conflito pelo recurso a arbitragem.¹⁷⁶

Arbitrabilidade pode ser definida como a capacidade de um litígio ser submetido à arbitragem. Normalmente, é determinada por uma lei nacional de um Estado ou por sua

¹⁷² Ibid. p. 80

¹⁷³ FERNANDES..., op. cit., p. 35.

¹⁷⁴ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 81.

¹⁷⁵ Ibid. p. 82.

¹⁷⁶ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. P. 216.

constituição e esta normatização pode acarretar consequências de longo alcance sobre todos os processos arbitrais instaurados perante este Estado.^{177 178}

As leis nacionais frequentemente impõem restrições ou limitações sobre o que pode ser referido e resolvido por arbitragem. Por exemplo, Estados ou entidades estaduais podem não ter permissão para entrar em acordos de arbitragem ou ainda podem precisar de uma autorização especial para fazê-lo. Isso é arbitrabilidade subjetiva. Mais importante que as restrições relacionadas às partes são limitações baseadas no assunto em questão, o que se define como arbitrabilidade objetiva. Estes factos explicam-se em virtude de algumas disputas poderem envolver questões sensíveis de política pública e assim, devem ser tratadas apenas pela autoridade judicial dos tribunais estaduais.¹⁷⁹

Em outras palavras e de forma direta, a arbitrabilidade subjetiva consiste em quem pode figurar como parte em um processo arbitral e a arbitrabilidade objetiva consiste nas matérias passíveis de serem apreciadas pelos árbitros.¹⁸⁰

A compreensão da arbitrabilidade vai além das definições e das legislações internas de cada país e é uma das questões que envolve a delimitação da natureza contratual e jurisdicional da arbitragem internacional, ao passo de se definir quais litígios podem ou não ser submetidos ao processo arbitral. O assunto envolve diretamente a liberdade das partes de submeterem seus conflitos a um tribunal arbitral e renunciar a jurisdição estatal, assim como saber até que passo esta renúncia não irá interferir em questões de ordem pública interna ou internacional.¹⁸¹

Por certo, a real importância da arbitrabilidade está relacionada a efetividade do processo, sendo que uma sentença arbitral pode ser anulada ou sua execução pode ser recusada se o tribunal considerar que o assunto em questão não é capaz de liquidação por arbitragem nos termos da lei do Estado envolvido na arbitragem. Neste sentido, é vital determinar quais matérias não são arbitráveis antes de pactuar uma convenção de arbitragem, pois de outra forma todo o processo poderá ser em vão.

Determinar a arbitrabilidade de uma disputa pode se mostrar difícil, porque teoricamente toda a legislação dos Estados envolvidos em uma arbitragem internacional deve ser

¹⁷⁷ BINDER, DR. PETER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London: Sweet & Maxwell, 2010. p. 30.

¹⁷⁸ Assim como outros Estados, a legislação pertinente à arbitragem em Portugal explicita a arbitrabilidade dos litígios. Para a Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal – LAV – estipula em seu artigo 1º, números 1. 3 2., dois tipos de não-arbitrabilidade: a submissão de um litígio, por lei, à competência exclusiva de um tribunal do Estado ou a arbitragem necessária; o litígio envolver questões relativas a direitos não patrimoniais e não transigíveis.

¹⁷⁹ LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003. p. 186.

¹⁸⁰ DOLINGER, JACOB; TIBURCIO, CARMEN, *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213-232.

¹⁸¹ LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL..., op. cit. p. 186.

examinada. Essa dificuldade não é abordada pela Lei Modelo da UNCITRAL¹⁸² e recentemente, esta lacuna foi oficialmente reconhecida e várias soluções possíveis foram apresentadas: em uma das soluções propostas, dever-se-ia chegar a um consenso mundial sobre uma lista de questões não arbitráveis. Outra alternativa seria chegar a acordo sobre uma disposição uniforme estabelecendo três ou quatro questões que geralmente são consideradas não arbitráveis e, posteriormente, convocar os Estados a listar imediatamente quaisquer outras questões consideradas não arbitráveis por esse Estado.¹⁸³

De acordo com o entendimento internacional vigente, algumas restrições são impostas à liberdade das partes de submeter determinados tipos de disputa à arbitragem. Especificamente: a lei aplicável a questões de arbitrabilidade; as limitações impostas em diferentes países e; se os tribunais de arbitragem têm o direito e o dever de lidar com a questão da arbitrabilidade por sua própria iniciativa.

A determinação da lei que rege a arbitrabilidade é de considerável importância. Apesar da tendência geralmente predominante de aumentar o escopo das disputas arbitráveis, as leis nacionais frequentemente diferem umas das outras. Um número de disputas que não são arbitráveis sob a lei de um país, são, por outro lado, arbitráveis em outro país onde os interesses envolvidos são considerados menos importantes.¹⁸⁴

Assim, as diferentes regras nacionais de arbitragem não regulam qual lei rege a questão da arbitrabilidade. Em vez disso, eles determinam diretamente quais disputas são arbitráveis. Enquanto nos países de *common law* esta abordagem pode ser tradicionalmente encontrada na jurisprudência, vários países regidos pela *civil law* legislaram sobre a lei aplicável à arbitrabilidade.¹⁸⁵

Cada lei nacional determina quais os tipos de litígios que são do domínio exclusivo dos tribunais nacionais e quais podem ser submetidos à arbitragem. Isso difere de Estado para Estado, refletindo as prerrogativas políticas, sociais e económicas do país, bem como sua atitude geral em relação à arbitragem. Envolve principalmente um equilíbrio entre a importância interna de reservar certos assuntos para a decisão exclusiva dos tribunais estaduais resguardado o interesse público, assim com interesses gerais de promover o comércio e solucionar eventuais litígios por um meio mais eficaz de solução de controvérsias. Por conseguinte, a decisão pode ser diferente em casos que surjam em um contexto puramente nacional em relação a transações internacionais.¹⁸⁶

¹⁸² UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law – é órgão subsidiário das Nações Unidas e será devidamente apresentada no capítulo 4 desta dissertação.

¹⁸³ BINDER, DR. PETER..., op. cit., p. 31.

¹⁸⁴ LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL.... Op. Cit., p. 188.

¹⁸⁵ Ibid. p. 193.

¹⁸⁶ Ibid. p. 198.

Na maioria dos casos, a não arbitrabilidade de uma controvérsia é levantada por uma parte que procura impedir a arbitragem e com preferência que a disputa seja decidida pelos tribunais estaduais. Existem, no entanto, casos em que nenhuma das partes invoca a falta de arbitrabilidade, onde as partes podem não ter percebido ou têm interesse em ver sua disputa resolvida em particular. No entanto, um tribunal arbitral, ao analisar o conteúdo processual em causa e identificar que os termos contratuais violam a ordem pública interna ou internacional, pode *ex officio*, no interesse da devida administração da justiça, decidir pela não-arbitrabilidade do litígio e não julgar o caso apresentado ao tribunal arbitral.¹⁸⁷

Breve menção deve ser feita a arbitrabilidade dos litígios envolvendo o Estado ou entidades estatais, situação esta frequente nas relações petrolíferas. Em termos de arbitrabilidade subjetiva, o ente estatal será apto a figurar em um dos polos da arbitragem quando se envolver em acordos comerciais e estiver vinculado, por exemplo, em tratados de investimentos. Em relação a arbitrabilidade objetiva, são levantadas questões relativas à soberania e, em regra, os próprios Estados possuem legislação interna para delimitar as matérias que são disponíveis de serem comercializadas e negociadas e, portanto, podem figurar em eventual convenção de arbitragem.¹⁸⁸

Para finalizar a questão da arbitrabilidade, vale destacar que a doutrina mais moderna tem acentuado que são arbitráveis todos os direitos de natureza patrimonial, sejam disponíveis ou não. Ou seja, mesmo os direitos que, segundo certa concepção de ordem pública, sempre mutável, devam ser considerados indisponíveis são arbitráveis se revestirem natureza patrimonial. Da indisponibilidade do direito passou-se para o critério, aparentemente mais concreto, da intransigibilidade ou, ao invés, da sua transigibilidade.¹⁸⁹

III.V – A ELABORAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem tem por função criar uma estrutura para um sistema privado de resolução de litígios entre as partes signatárias e por consequência, afastar a jurisdição estatal. O acordo deve ser elaborado com grande cuidado de modo a garantir o funcionamento adequado do sistema, a efetividade e a justiça do julgamento e por fim, garantir que ao final do processo, o procedimento seja satisfatório às partes.

A elaboração da convenção arbitral deve seguir as mesmas regras gerais para elaborar um contrato geral: clareza e simplicidade levam a menor ambiguidade e equívocos. Vale destacar que existem algumas diferenças na forma de elaboração do termo a depender do sistema normativo vigente. Normalmente, os advogados atuantes perante o sistema de *common law* tentam

¹⁸⁷ LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL.... Op. Cit., p. 219.

¹⁸⁸ MOSES..., op. cit., p. 13.

¹⁸⁹ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. p. 218.

cobrir todas as eventualidades, esperando que o texto se estenda a situações inesperadas e dando a possibilidade ao tribunal aplicar um termo por analogia àquele expressamente previsto no acordo. Por outro lado, os advogados familiarizados com o *civil law* confiam e esperam que a lei regule a situação, de modo apenas a lidar com questões específicas que são cobertas pelo próprio contrato.¹⁹⁰

Sem intenção de alongar este tópico que, apesar de meramente formal, tem fundamental importância na aplicabilidade da arbitragem e pode influenciar de diversas formas no procedimento arbitral, será destacado alguns requisitos essenciais para a elaboração de uma convenção de arbitragem.

Entre os pontos essenciais de uma convenção de arbitragem, destaca-se o acordo para arbitrar, de modo a indicar a intenção das partes frente às Cortes do Estado; os termos deste acordo com menção ao conteúdo a ser arbitrado; e por fim, a finalidade da sentença, a indicar que as partes abdicam de possibilidades recursais¹⁹¹ e asseguram e eficácia imediata de cumprimento de sentença.¹⁹²

Em regra, toda convenção de arbitragem deve indicar a escolha dos árbitros,¹⁹³ a sede da arbitragem, a língua oficial a ser adotada no procedimento arbitral e ainda o direito a ser aplicado pelos árbitros, sendo estes requisitos indispensáveis para garantir o bom funcionamento do sistema arbitral e evitar futura alegação por uma das partes de nulidade do acordo.¹⁹⁴

Entre outras estipulações que frequentemente são consideradas na convenção de arbitragem, estão a indicação do tempo de duração do processo e para ser proferida a sentença; e a confidencialidade do processo. Em casos relacionados com a indústria do petróleo, são relevantes cláusulas de renúncia de imunidade soberana por parte do Estado contraente e ainda a previsão de arbitragem complexas com multipartes, caso frequente nos contratos de *joint venture*, já explicados anteriormente.¹⁹⁵

Portanto, para concluir, as partes ao celebrarem uma convenção de arbitragem possuem grande autonomia para determinar os parâmetros nos quais a disputa será resolvida. Em âmbito internacional, os responsáveis por elaborar o acordo arbitral precisam estar bem informados e com conhecimentos suficientes para criarem uma estrutura que funcione bem, em conformidade

¹⁹⁰ LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL.... op. cit., p. 166.

¹⁹¹ Em regra, os processos arbitrais são instaurados em apenas uma instância, entretanto, sendo um negócio privado, nada impede às partes de pactuarem pela possibilidade de recurso após a sentença arbitral.

¹⁹² LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL.... op. cit., p. 169.

¹⁹³ A escolha dos árbitros está diretamente ligada a escolha pela arbitragem *ad hoc* ou pela arbitragem institucionalizada. Na arbitragem *ad hoc*, as partes possuem maior flexibilidade para a escolha dos árbitros e a quantidade, inclusive a considerar o grau de *expertise* e ainda negociar os honorários a serem pagos. Por outro lado, na arbitragem institucionalizada onde ocorre uma escolha por um centro de arbitragem, em regra, há uma lista de árbitros com procedimentos e honorários previamente estipulados, Apud BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*..., op. cit. p. 163.

¹⁹⁴ MOSES..., op. cit. p. 43.

¹⁹⁵ LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL.... op. cit., p. 179.

com os ensejos das partes envolvidas, de modo a não violar regras de direito internacional e não conflitantes com normas mandatárias dos Estados envolvidos e ainda sem criar ambiguidades que podem levar a invalidação da convenção de arbitragem.¹⁹⁶

IV – A ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO

Assim como a jurisdição estatal, a arbitragem segue norma e princípios que ditam a forma instrumental a ser utilizada com a finalidade de solucionar determinada controvérsia e tornar efetivo um direito. Muitas das vezes, as próprias legislações internas sobre arbitragem estão encarregadas de identificar tais princípios norteadores,¹⁹⁷ enquanto no âmbito internacional a matéria é tratada por meio de Convenções Internacionais, Declarações e Pactos emanados de Organizações Internacionais e ainda pela prática e regimentos internos das diversas Cortes internacionais de arbitragem.

Sem muito alongar no assunto e direcionar o foco de estudos para alguns dos princípios que diretamente estão ligados ao sector petrolífero, cita-se o princípio da autonomia do processo arbitral, princípio da igualdade das partes, contraditório e ampla defesa, princípios da flexibilidade, confidencialidade e celeridade processual, além do princípio da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro como exemplos de princípios gerais ligados à arbitragem internacional.¹⁹⁸

A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo vincula alguns princípios que são determinantes para garantir a plena satisfação destes acordos. Áreas sensíveis como a autonomia das partes e a sacralidade dos contratos por um lado e a ordem pública e a soberania dos Estados por outro, são frequentemente testadas na busca da efetividade dos contratos petrolíferos.

IV.I – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS PARTES

A autonomia da vontade das partes assume um predominante papel no que concerne a estabelecer a lei aplicável às relações jurídicas que extrapolam as fronteiras dos ordenamentos jurídicos internos, facto corriqueiro nas relações petrolíferas.

A autonomia da vontade no direito internacional corresponde à faculdade concedida aos indivíduos de exercer a sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior

¹⁹⁶ MOSES..., op. cit. p. 58.

¹⁹⁷ No caso da arbitragem em Portugal, os princípios estão inseridos no artigo 30º da LAV.

¹⁹⁸ STRENGER, IRINEU, *Arbitragem Comercial Internacional*, 23ª Ed., São Paulo: LTr, 2006. p. 98.

das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e, por outro lado, por leis imperativas.¹⁹⁹

Esta vontade manifestada ou declarada possui poderosa força criadora no universo jurídico. É a vontade que, através de fatos disciplinados pela forma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou extinção dos direitos e correspondentes obrigações, de modo a acompanhar todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas.²⁰⁰

Em outros termos, pode-se conceituar a autonomia das partes como a liberdade em estipular o conteúdo contractual, a criar para si direitos e obrigações, em conformidade com o consenso e interesse das partes, com efeitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Este princípio, porém, não é fonte de direito original, desvinculada da ordem jurídica estatal, de mesma forma que não é fonte de direito costumeiro internacional, haja vista que é sempre a *lex fori* de cada país que decide se admite ou não a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão.²⁰¹

A medida que um Estado admite a autonomia da vontade das partes como um elemento de conexão, é aplicada a lei designada pelas próprias partes, levando em consideração a sua vontade subjetiva e não a vontade objetiva do legislador, que irá indicar o direito aplicável em caso de ausência de escolha pelas partes.²⁰²

Importante destacar que na ordem pública interna, a autonomia da vontade das partes possibilita que as partes fixem os conteúdos dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, de acordo com as normas imperativas do Estado e em conformidade com a ordem pública. Por outro lado, na ordem pública internacional a autonomia da vontade significa a liberdade das partes escolherem, para regular o contrato, outro sistema jurídico que não o nacional, com objetivo de indicar a lei aplicável e o foro do contrato. Destarte para o facto de que esta liberdade não é ilimitada, e mesmo nos países que a permitem de forma ampla, é unânime que a ordem pública figura como a principal limitadora deste princípio.²⁰³

No seguimento destas ideias, há ainda a referência a um direito transnacional, que difere tanto do direito interno quanto do direito internacional, e cuja substância seria de uma *lex mercatoria*, formada a partir dos princípios gerais do direito e dos usos e costumes do comércio internacional, decorrentes da necessidade do aprimoramento da prática internacional e da deslocalização do contrato.²⁰⁴

¹⁹⁹ STRENGER, IRINEU, *Arbitragem Comercial Internacional*..., op. cit., p. 83.

²⁰⁰ Ibid. p. 84.

²⁰¹ RECHESTEINER, BEAT WALTER, *Arbitragem Privada Internacional no Brasil depois da nova Lei 9.037/96: teoria e prática*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 104.

²⁰² Ibid. p. 104.

²⁰³ CORREIA, ANTÔNIO FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra: Almedina, 2000. p. 131.

²⁰⁴ PINHEIRO, LUÍZ DE LIMA, *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra: Almedina 2001, p. 54.

Não obstante as dúvidas que podem levantar-se em relação à própria aplicabilidade destas normas decorrentes da autonomia da vontade a um contrato complexo como é o contrato petrolífero, o reconhecimento desse primado da autonomia dos contratantes representa, desde cedo, uma tendência efetivamente presente nos usos comerciais nesta área e, em particular, na prática jurisprudencial da arbitragem internacional no domínio dos contratos petrolíferos.²⁰⁵

Pode-se concluir, portanto, que assim como na arbitragem, as práticas internacionais do petróleo também são pautadas na autonomia da vontade das partes. Há muitos instrumentos contratuais típicos dessa indústria que acabaram por padronizar suas atividades, e isso se mostra bastante vantajoso visto que o sector do petróleo não é apenas um sector complexo, mas também um ramo que demanda elevados investimentos.²⁰⁶

IV.II – O PRINCÍPIO DA SACRALIDADE DO CONTRATO

O princípio da sacralidade dos contratos, *pacta sunt servanda*, identificado como o princípio da força obrigatória do contrato, ou ainda, da intangibilidade dos conteúdos dos contratos, significa a impossibilidade de revisão ou alteração dos termos, seja por ato das partes – salvo em comum acordo e o que significa um novo contrato – seja por parte do Estado na figura de um juiz. Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos corresponde à pedra angular da segurança do comércio jurídico e justifica-se em decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar.²⁰⁷

Historicamente, as Companhias Internacionais de Petróleo argumentam que seus contratos estão sujeitos ao princípio da sacralidade dos contratos dentro do Direito Internacional e que, por essa razão, não podem ser alterados unilateralmente pelos governos que viessem a suceder ao longo do período de vigência daqueles contratos. Este conceito, no entanto, baseia-se na presunção de que as partes contratantes teriam igual poder de barganha, o que nem sempre é verdade, sendo certo de que, o poder, em grande parte dos casos, pende mais para as Companhias do que para os Estados produtores.²⁰⁸

De toda sorte, o princípio da sacralidade dos contratos no sector petrolífero, aplica-se na medida em que o descumprimento das cláusulas contratadas ou a mudança unilateral das condições dos contratos, pelo Estado, seja representado pelo poder Administrativo, Legislativo ou Judiciário, ou por entes de sua administração indireta, poderá ensejar a configuração de expropriação

²⁰⁵ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 187.

²⁰⁶ VICENTE, DARIO DE MOURA..., op. cit., p. 183.

²⁰⁷ FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*, Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p. 252

²⁰⁸ Ibid. p. 252.

direta ou indireta do investimento, dando justificativa à indemnização do investidor privado pelos danos por ele suportados.²⁰⁹

IV.III – PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE RECURSOS NATURAIS

A soberania é, para grande parte da doutrina, um dos elementos constitutivos do Estado moderno e está relacionada ao exercício de poder que o soberano possui ao representar o Estado, dentro e fora de suas fronteiras. Por fronteiras, pode-se entender as delimitações territoriais, mar territorial, solo, subsolo e espaço aéreo subjacente.²¹⁰

O princípio da soberania permanente sobre recursos naturais está consagrado na Resolução n.º 1.803 de 1962 das Nações Unidas, que reconheceu o direito dos países de dispor das riquezas nacionais em conformidade com os interesses do Estado. Este princípio, bem como o da autodeterminação dos povos e direitos humanos, instrui os princípios básicos do direito internacional e têm sido ciclicamente utilizados como argumento fundamental em processos de nacionalização de Companhias Internacionais de Petróleo pelos países produtores.²¹¹

Historicamente, este princípio começou a ganhar contornos no sector petrolífero durante o processo de descolonização do Irão. Há época, a dinastia Qajar, então no poder, garantia ao concessionário, Companhia Internacional British Petroleum, a posse exclusiva do direito de exploração sobre uma vasta área do país sobre a contrapartida de uma pequena taxa na forma de *royalties* e apenas em caso de sucesso de extração. Com o fim do período colonial, o Irão, sob o governo de Mossadegh, contrapôs-se a este contrato e nacionalizou os ativos da British Petroleum, de modo a enfrentar grande resistência e tentativas de derrubada do governo. Sua iniciativa vitoriosa, acabou por incentivar a outros países do médio oriente a fazerem o mesmo, culminando inclusive, com a criação da OPEP e afirmando o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais.²¹²

Em outros momentos, especialmente quando o Estado produtor necessita de investimentos, principalmente em tecnologia para explorar suas reservas, o princípio da soberania permanente tende a ser abrandado, ainda que os contratos não sejam tão favoráveis às Companhias exploradoras como no início das atividades no sector petrolífero, de forma a buscar uma melhor equação de interesses dos países produtores e dos investimentos privados.²¹³

²⁰⁹ Ibid., p. 252.

²¹⁰ BROWNLIE, IAN, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa: Fundação Calouste, 1997. p. 28.

²¹¹ JOFFÉ, GEORGE; STEVENS, PAUL; GEORGE, TONY; LUX, JONATHAN; SEARLE, CARL, *Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism*, Journal of World Energy Law & Business, 2009, v. 2, n. 1.p. 3.

²¹² JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol..., op. cit., p. 5.

²¹³ FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo...*, op. cit., p. 252.

IV.IV – PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA

A ordem pública é uma ideia difundida nos ordenamentos jurídicos de todos os Estados soberanos. Pressupõe a existência de regras, valores e princípios fundamentais nas ordens jurídicas, sejam elas internas ou internacional, que não podem ser afastados quando do exercício da função jurisdicional pelo Estado, ou ainda, da autonomia privada pelas partes. Essas regras, valores e princípios fundamentais são modificáveis de acordo com as transformações ocorridas na Sociedade e são identificados sempre dentro de um contexto histórico.²¹⁴

A ordem pública corresponde a um conjunto de regras e princípios pelos quais os Estados e a sociedade devem prevalecer sobre os interesses privados. Em outras palavras, é o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto.²¹⁵

A comunidade internacional reconhece a dificuldade de definir ordem pública, sendo uma regra imbuída de relatividade e instabilidade, podendo cada sociedade constituí-la conforme a transformação das condições sociais, culturais, morais, económicas e políticas vivenciadas em um determinado período específico, motivo pelo qual não se mostra possível atribuir um conceito fixo e imutável para este princípio.²¹⁶

É possível sim, diferenciar o conceito de ordem pública interna da ordem pública internacional. Enquanto em âmbito doméstico a ordem pública está vinculada aos limites na celebração de negócios jurídicos que não sejam contrários às regras, princípios e valores fundamentais do ordenamento jurídico do Estado, a ordem pública internacional tem conteúdo mais incerto e atua na regulação dos atos praticados no estrangeiro que devem produzir efeitos jurídicos no território de outro Estado soberano, como por exemplo, a sentença arbitral estrangeira.²¹⁷

Assim, é possível concluir que a ordem pública funciona como o instrumento de defesa do conjunto de regras, de princípios e de valores havidos como essenciais por certa sociedade em determinado momento histórico, sendo a base para compreensão e integração da ordem jurídica, seja ela interna ou internacional.²¹⁸

V – QUADRO INTERNACIONAL LEGAL E INSTITUCIONAL DA ARBITRAGEM PETROLÍFERA

A nova realidade económica dos últimos tempos que conformam um novo Direito Mercantil e Empresarial com a abertura de mercados, desenvolvimento dos meios de

²¹⁴ STRENGER, IRINEU, *Autonomia da vontade em direito internacional privado*, São Paulo: RT, 1968, p.119.

²¹⁵ Ibid. p. 215.

²¹⁶ STRENGER, IRINEU, *Autonomia da vontade...*, op. cit., p. 217.

²¹⁷ Ibid. p. 218.

²¹⁸ DOLINGER, JACOB, *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*, Brasília: Revista de informação legislativa, v. 23, nº 90, abril de 1986, p. 232.

comunicação, integração europeia e interamericana, desenvolvimento do tráfico de massa, assim como a preferência do comércio moderno pela rapidez, economia de custos e a especialização, reforçam a virtualidade da instituição arbitral como meio idóneo de resolução de controvérsias.²¹⁹

No último século, as principais nações comerciais iniciaram diversos tratados e convenções internacionais destinados a facilitar a aplicação transnacional de acordos, a execução de sentenças arbitrais e a promover o uso da arbitragem em questões internacionais. Assim o fizeram com o propósito específico de fornecer um mecanismo efetivo para resolver disputas comerciais internacionais e consequentemente, promover o comércio e o investimento internacional. Estes instrumentos contribuíram, em grande parte, para um quadro jurídico estável e eficaz de arbitragem entre empresas internacionais e também entre Estados.²²⁰

Em breve síntese, vale destacar que no cenário interno, cabe aos Estados legislarem sobre a forma de imersão da arbitragem no ordenamento jurídico local, especialmente no que tange a execução dos laudos arbitrais. Muitos países, a incluir Portugal, possuem legislação de regulamentação da arbitragem em conformidade com os tratados internacionais para facilitar a sua aplicação, tanto no plano interno, quanto no plano internacional.²²¹

V.I – FONTES NORMATIVAS

A) Lei Modelo - UNCITRAL

Em 11 de dezembro de 1985 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a resolução que reconheceu a arbitragem como um método viável de resolução de litígios no âmbito das relações comerciais internacionais. Trata-se da implementação da Lei Modelo da Arbitragem Comercial Internacional, desenvolvida pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)²²² cujo estabelecimento representa um marco jurídico unificado para a solução justa e eficiente de controvérsias surgidas nas relações comerciais internacionais.²²³

Conforme o próprio nome sugere, trata-se de um modelo de lei, um protótipo de uma lei sobre a arbitragem comercial internacional que pode ser adotada em sua integralidade ou apenas parcialmente. Esta Lei Modelo não se confunde com uma Convenção Internacional que, salvo algumas reservas, só podem ser ratificadas em sua totalidade e assumem corpo de Lei perante o Estado signatário da Convenção. Por outro lado, a Lei Modelo, elaborada a partir da contribuição dos

²¹⁹ LIMA, CYNTHIA CINARA CARVALHO, *Arbitragem Internacional: uma abordagem acerca da solução de controvérsias no plano comercial internacional*, disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10893&revista_caderno=16>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

²²⁰ BORN, GARY B..., op. cit., p. 97.

²²¹ MACHADO, JÓNATAS..., op. cit., p. 684.

²²² Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html. Último acesso em 10/06/2016.

²²³ BINDER, DR. PETER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London: Sweet & Maxwell, 2010. p. 7.

Estados membros, serve como parâmetro para a criação ou revisão das legislações internas sobre a arbitragem, em conformidade com a realidade internacional, o que confere maior segurança jurídica aos procedimentos comerciais e arbitrais no âmbito dos Estados.²²⁴

Por fim, vale destacar que a Lei Modelo não requer a celebração do compromisso arbitral, permite aos árbitros decretar medidas cautelares, reconhece as faculdades destes de decidir a respeito de sua competência e jurisdição, consagra a autonomia do acordo arbitral conforme a relação jurídica adjacente, exclui a possibilidade de atacar-se a decisão dos árbitros sobre o mérito do assunto e unifica o regime de recursos. A lei ainda introduziu um sistema orgânico de grande aceitação internacional em matéria de reconhecimento e execução dos laudos arbitrais estrangeiros que, entre outros méritos, não assimila ou vincula o regime aplicável ao reconhecimento e execução desses laudos, no tocante as sentenças de outro país.²²⁵

B) Convenção de Nova Iorque

Geralmente chamado de Convenção de Nova York,²²⁶ o tratado é, de longe, o instrumento legislativo contemporâneo mais significativo relacionado à arbitragem comercial internacional. Ele fornece o que equivale a uma carta constitucional universal para o processo de arbitragem internacional, cujos termos gerais permitiram que tribunais nacionais e tribunais arbitrais desenvolvessem meios duráveis e eficazes para fazer cumprir acordos de arbitragem internacional e sentenças arbitrais. A Convenção também forneceu a base para a maior parte da legislação nacional contemporânea que rege o processo arbitral internacional, e também para a Lei Modelo da UNCITRAL, que implementou e elaborou os princípios básicos e a estrutura legal da Convenção.²²⁷

Costuma-se dizer que a Convenção não fornece um esquema legislativo detalhado para todos os quesitos da arbitragem internacional, como por exemplo a Lei Modelo da UNCITRAL fez posteriormente. Em vez disso, as disposições da Convenção concentraram-se no reconhecimento e cumprimento de acordos de arbitragem e sentenças arbitrais, sem regulamentar especificamente a condução dos procedimentos arbitrais ou outros aspetos do processo arbitral. Em outras palavras, o objetivo da Convenção de Nova Iorque é encorajar o reconhecimento e a execução das convenções de arbitragem em contratos internacionais, através da unificação dos padrões pelos quais as convenções de arbitragem são celebradas e as sentenças arbitrais são executadas nos Estados signatários.²²⁸

²²⁴ BINDER, DR. PETER..., op. cit., p. 13.

²²⁵ RECHESTEINER, BEAT WALTER..., op. cit., p. 27.

²²⁶ Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts>. Último acesso em 10/06/2018.

²²⁷ BORN, GARY B...., Op. Cit., p. 98.

²²⁸ Ibid. p. 104.

C) UNIDROIT

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, conhecido internacionalmente como UNIDROIT, é uma organização internacional independente com representação de países dos cinco continentes com diversos sistemas jurídicos, económicos e políticos, cujo propósito é estudar formas de harmonizar e de coordenar o direito privado entre Estados e preparar gradualmente a adoção, pelos diversos Estados, de uma legislação de direito privado uniforme.²²⁹

Os Princípios do UNIDROIT se destinam a prover aos operadores através de suas normas a uniformidade, segurança e previsibilidade em relações contratuais internacionais, sendo possível equiparar os Princípios do UNIDROIT ao sistema do *Restatements of laws*. Justamente pelo seu caráter de recomendação não vinculante e não legislativo, eles não são considerados como fonte legislativa de unificação e harmonização do direito dos contratos internacionais, entretanto, são caracterizados como *soft law* e tidos como fontes do Direito do Comércio Internacional.²³⁰

D) Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional

A Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional²³¹ – elaborada em 1961 no período pós-guerra e considerada um dos mais importantes tratados de arbitragem comercial a nível regional do mundo – foi criada com disposição específica sobre a lei aplicável ao mérito da causa, distinguindo assim da Convenção de Nova Iorque. Teve como objetivo produzir um acordo que melhorasse a disparidade legal vigente para a arbitragem internacional onde Estados europeus estivessem envolvidos e, em particular, o comércio entre os países com diferenças mais significativas do leste e oeste europeu. A convenção teve o cuidado de tratar dos três pilares da arbitragem – convenção de arbitragem, procedimento arbitral e execução de sentença – sendo assinado pela maioria dos Estados europeus.^{232 233}

E) Carta de Energia

Em 1994 foi concluído em Lisboa o Tratado da Carta de energia – *Energy Charter Treaty* – um instrumento internacional inovador que prevê a resolução por meio da arbitragem de litígios em matéria de petróleo e outras fontes de energia. Em regra, na ausência de

²²⁹ Disponível em: <https://www.unidroit.org/>

²³⁰ STRENGER, IRINEU. *Autonomia da vontade em direito internacional...*, op. cit., p. 74

²³¹ Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/>. Último acesso em: 10/06/2018.

²³² Reino Unido, Países Baixos e Finlândia são exceções de Estados que não fazem parte da Convenção. Apud BORN, GARY B..., op. cit., p. 117.

²³³ BORN, GARY B..., op. cit., p. 117.

estipulações pelas partes, aplica-se o Tratado de Nova Iorque no que se refere ao local de realização da arbitragem e o regulamento de Arbitragem da UNCITRAL como norteador do processo arbitral.²³⁴

F) Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional

Também conhecida como Tratado do Panamá,²³⁵ a Convenção Interamericana é semelhante à Convenção de Nova York em muitos aspetos: na verdade, o histórico de redação da Convenção deixa claro que ela pretendia fornecer os mesmos resultados que a Convenção de Nova Iorque. Entre outras coisas, a Convenção Interamericana estabelece a presumível aplicabilidade de convenções de arbitragem e sentenças arbitrais, sujeito a exceções especificadas semelhantes às da Convenção de Nova Iorque. A convenção conta com a ratificação da maioria dos Estados americanos, a incluir os Estados Unidos da América, México, Venezuela e Brasil.²³⁶

V.II – PRINCIPAIS CENTROS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A) Câmara de Comércio Internacional

A *International Chamber of Commerce* – ICC – e sua Corte Internacional de Arbitragem é uma das mais conhecidas e prestigiadas instituições de arbitragem no mundo. Trata-se de uma organização internacional que trabalha para promover e assessorar o comércio internacional e a globalização. O Tribunal Internacional de Arbitragem da ICC não é, na verdade, um tribunal propriamente dito, de facto que não decide litígios nem atua como árbitro. Em vez disso, o Tribunal corresponde a um órgão administrativo que atua em uma capacidade de supervisão e nomeação de acordo com as Regras da ICC e mantém um considerável pessoal jurídico e administrativo de mais de uma dezena de nacionalidades, organizadas como Secretariado. Equipes especializadas de advogados e funcionários administrativos são designadas para casos originários de regiões geográficas, linguísticas e/ou culturais específicas. Conforme detalhado acima, a Secretaria está substancialmente envolvida na supervisão diária das arbitragens. Apesar da maioria dos processos arbitrais serem instituídos em França, Inglaterra e Suíça, a arbitragem da ICC pode ser e tem sido hospedada em diversas partes do mundo, como os Estados Unidos da América, Brasil e Singapura.²³⁷

B) ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*

O Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos – ICSID – estabelecido pela Convenção de Washington é uma instituição de arbitragem internacional

²³⁴ TRATADO DE LISBOA – TRATADO DA CARTA DE ENERGIA, disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar36-1996.pdf>

²³⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm. Último acesso em: 10/06/2018.

²³⁶ BORN, GARY B..., op. cit., p. 118.

²³⁷ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 39.

criada para a resolução jurídica de controvérsias e para a conciliação entre investidores internacionais, extremamente frequente no ramo petrolífero. Em regra, os Estados e as entidades estatais são geralmente imunes a ações propostas por indivíduos ou empresas. No entanto, se o Estado ou uma entidade estatal se envolver em um acordo comercial e, particularmente, se entrar em um acordo de arbitragem, normalmente será considerado que ele renunciou à imunidade, podendo ser obrigado a arbitrar sob as provisões de um tratado de investimento bilateral. Para os Estados contratantes que concordam com a arbitragem sob as regras de arbitragem do ICSID, uma sentença resultante não é passível de recurso para um tribunal estadual e as leis nacionais não são aplicáveis ao processo. Ainda sob as regras do ICSID, entretanto, a sentença pode ser revista por um comitê *ad hoc* de três árbitros e, se anulada, pode ser novamente arbitrada por outro tribunal.²³⁸

C) ICDR – *The American Arbitration Association*

O Centro Internacional de Resolução de Litígios – ICRD – corresponde a um ramo internacional para solução de conflitos da *American Arbitration Association* – AAA – uma das maiores instituições de arbitragem do mundo. As regras internacionais da AAA/ICRD, frequentemente revisadas, baseiam-se principalmente nas regras da UNCITRAL e destinam-se a permitir um máximo de flexibilidade e um mínimo de supervisão administrativa. Destarte para o facto do crescente número de casos submetidos a esta instituição que, baseada nos Estados Unidos da América, recentemente abriu escritórios na Cidade do México, Singapura e no Bahrein, nestes últimos casos, sendo referência em arbitragem no continente asiático e relativas a lei islâmica, respetivamente.²³⁹

D) *The London Court of International Arbitration*

A Corte de Arbitragem Internacional de Londres – LCIA – considerada a segunda instituição arbitral mais importante da europa, também não corresponde propriamente a um tribunal em sentido judicial, mas sim a órgão de supervisão da instituição de arbitragem. Fundada em 1891, trata-se da instituição de arbitragem mais antiga do mundo e na prática não se diferencia muito da Câmara de Comércio Internacional.²⁴⁰

E) Outras Instituições de Arbitragem Internacional

²³⁸ MOSES..., op. cit., p. 13.

²³⁹ McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN..., op. cit., p. 45.

²⁴⁰ Ibid. p. 47.

Conforme verificado, existem algumas instituições espalhadas pelo mundo para atender a demanda arbitral, especialmente comercial, e que ajudam no desenvolvimento da arbitragem, além de assegurar forte credibilidade as decisões proferidas.

Além das já mencionadas, vale ainda destacar alguns importantes centros de arbitragem ao redor do globo, como o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC) na Suécia, Instituto de Arbitragem Alemão (DIS) na Alemanha, Centro de Arbitragem Internacional de Viena (VIAC) na Áustria, Câmara de Comércio da Suíça, Centro de Arbitragem Internacional de Dubai, nos Emirados Árabes Unidos, Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong, Centro Internacional de Arbitragem Económica e Comercial da China, Centro de Arbitragem Internacional de Singapura, Centro para Arbitragem Comercial Internacional no Cairo, Egito, e a Câmara de Comércio de São Paulo, no Brasil.²⁴¹

VI – A ARBITRAGEM PETROLÍFERA

As partes frequentemente escolhem a arbitragem internacional para resolver suas disputas porque desejam maior certeza e previsibilidade em relação aos seus direitos legais. Entre outras coisas, as partes privadas querem um regime jurídico substancial estável e um quadro processual único e neutro. Estes objetivos são particularmente importantes em assuntos comerciais internacionais, onde as diferenças entre as leis e procedimentos nacionais podem ser grandes, onde a necessidade de previsibilidade e estabilidade é particularmente substancial e onde os riscos de ações legislativas ou judiciais arbitrárias ou discriminatórias são especialmente agudas.²⁴²

Muitos conflitos que surgem de desequilíbrios económicos na relação contratual entre o Estado e a Companhia Petrolífera Internacional são decorrentes de mudanças políticas, de alterações económicas globais, jurídico-económicas nacionais ou mesmo contratuais, e que não são internalizadas através da gestão ou renegociação dos contratos e acabam por ser resolvidas por meio da arbitragem internacional, onde os investidores encontram o seu último vestígio de proteção.²⁴³

No direito do petróleo, a resolução de litígios é mais um elemento da regulação de desempenho de um sector dominado por grandes companhias que atuam em regime de quase-monopólio e baseia-se em comparações de performance entre empresas, que permitem encontrar as melhores soluções para disciplinar a atividade e combater os efeitos económicos perversos da falta de concorrência. A opção pela arbitragem como meio de solução de conflitos petrolíferos perpassa todo o sistema normativo do sector, de forma a garantir a equidade em um tema

²⁴¹ BORN, GARY B...., op. cit., p. 192.

²⁴² Ibid., p. 2615.

²⁴³ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 42.

tão sensível, o qual envolve o investimento estrangeiro na exploração de recursos naturais soberanos, de modo a buscar um equilíbrio entre a determinação da remuneração justa do Estado e a proteção da estabilidade dos investimentos.²⁴⁴

De longe, a questão mais importante nas arbitragens petrolíferas é saber qual a lei aplicável ao mérito da causa e quais os critérios que podem servir de base para a prolação do laudo arbitral, especialmente por haver questões peculiares como a *lex fori*, típico das legislações internas, as normas de direito internacional, especialmente derivadas dos tratados e convenções internacionais, a existência de regimes jurídicos “atípicos” como a Sharia islâmica, além dos usos e costumes do sector petrolífero, que podem diretamente interferir no rumo da arbitragem.

VI.I – A LEI APLICÁVEL AO MÉRITO DA CAUSA

Uma das questões de maior relevância na arbitragem petrolífera passa pela determinação da lei a ser aplicada na arbitragem e, portanto, torna-se essencial distinguir entre duas circunstâncias separadas. A primeira consiste em casos que não há acordo de escolha de lei pelas partes e o tribunal arbitral deve selecionar a lei aplicável através de regras de conflitos de leis ou diretamente escolher uma lei substantiva que julgue apta a atender a necessidade do caso. Há ainda situações em que as partes concordaram com a lei aplicável e o tribunal arbitral deve determinar que efeito dar a esse acordo. Praticamente todos os sistemas jurídicos nacionais tratam essas duas situações de maneira diferente, geralmente dando efeito aos acordos de escolha da lei aplicável em conformidade com o termo pactuado entre as partes.

Na arbitragem internacional petrolífera é necessário distinguir entre diversos conflitos de leis que surgem no processo arbitral internacional. Questões podem surgir sob qualquer uma ou todas as seguintes hipóteses relativas a lei aplicável ao mérito da disputa das partes, incluindo a existência, validade, aplicabilidade e interpretação do contrato subjacente das partes e a lei que rege quaisquer reclamações não contratuais; a lei aplicável à convenção de arbitragem das partes, incluindo a sua existência, validade, executoriedade e interpretação; a lei aplicável ao procedimento arbitral, incluindo sua conduta processual, ou seja, a lei processual ou *lex arbitri*; e ainda as regras de conflito de leis que devem ser aplicadas na seleção de cada uma das leis precedentes.²⁴⁵

Como já repetidamente se disse, as partes têm autonomia na escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem internacional, desde que o regime estabelecido não viole a lei da localização da arbitragem nas matérias em que esta não abdique de a regular imperativamente, seja

²⁴⁴ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 43.

²⁴⁵ BORN, GARY B..., op. cit., p. 2618.

essa escolha em desfavor de uma lei estrangeira, seja face a outra solução que tenha sido acordada entre as partes.²⁴⁶

A indicação do ordenamento jurídico aplicável, relativamente frequente no âmbito dos contratos internacionais do petróleo, passa pela remissão das partes contratuais para o direito internacional, para os usos ou princípios do comércio internacional, ou ainda para a *lex fori*, muitas das vezes representada por uma *lex petrolea*, e têm por propósito claro desnacionalizar as normas aplicáveis ao contrato, de modo a designar um corpo normativo que julgam como neutro, desonerando-se do próprio conhecimento dos ordenamentos judiciais nacionais, que porventura conteriam regimes que lhes seriam desfavoráveis.²⁴⁷

Por certo, a importância da lei na arbitragem internacional vai depender do caso em concreto. Em algumas arbitragens, a tarefa dos árbitros consistirá principalmente em entender os factos e aplicar os termos do contrato, sendo que questões processuais serão resolvidas de acordo com as regras escolhidas pelas partes e questões legais podem não ser levantadas ou argumentadas. Por outro lado, em outras arbitragens, a situação pode ser diferente ao passo de conter questões jurídicas ou técnicas de difícil aplicação no cerne da disputa.²⁴⁸

Embora a autonomia das partes seja um elemento importante da arbitragem, o contrato celebrado e uma eventual disputa não existem em um vácuo legal. Camadas de leis e regras podem ser aplicáveis ao caso concreto, e as complicações tendem a aumentar quando mais de uma lei nacional pode ser aplicada adequadamente à arbitragem. Tipicamente, as partes escolherão uma lei para reger o contrato, a qual não precisa ser necessariamente a lei aplicável ao procedimento da arbitragem que, em regra, segue a lei de arbitragem da sede em que o procedimento arbitral tenha lugar, podendo ainda outras leis ou regras estarem vinculadas aos termos contratuais e entraram no jogo.²⁴⁹

Importante mencionar que, historicamente, por volta da metade do século passado, assumia-se a presunção de que a escolha pelo local da arbitragem consequentemente indicaria a lei a ser aplicada ao mérito da causa. Com o desenvolvimento do instituto arbitral, os principais centros passaram a reconhecer que a indicação do local da arbitragem não necessariamente implicaria na indicação da lei aplicável, podendo apenas ser uma indicação de direção em caso de omissão das partes. A Câmara de Comercio Internacional e a Lei Modelo da UNCITRAL, seguida pela Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional e outros institutos arbitrais afirmaram em seus textos normativos a liberdade das partes em escolher a lei aplicável à arbitragem independentemente do local da arbitragem, assim como também a liberdade dos árbitros, na ausência

²⁴⁶ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. p. 600.

²⁴⁷ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 188.

²⁴⁸ MOSES..., op. cit., p. 59.

²⁴⁹ Ibid. p. 59.

de escolha pelas partes, de decidirem pela lei aplicável que entendam melhor ser apropriada ao caso concreto.²⁵⁰

Em geral, as leis arbitrais não são pródigas na indicação, por via de uma norma de conflitos, da lei aplicável²⁵¹ nos casos em que as partes deixam de indicar a legislação que deve direcionar a interpretação do contrato, sendo este ponto debatido por duas correntes doutrinário-jurisprudenciais. A corrente majoritária sustenta que, não tendo as partes escolhido a lei aplicável, mas tendo-o feito em relação ao contrato principal, é a lei aplicável a este que deve também ser aplicada à arbitragem, ou ao menos, é aquela que apresenta com a convenção uma conexão mais forte. Por outro lado, a corrente minoritária apoia-se na autonomia da convenção de arbitragem relativamente ao contrato principal, defendendo que a lei reguladora da convenção é independente da lei reguladora do contrato principal, cabendo aos árbitros aplicarem a lei que melhor se encaixa ao caso.²⁵²

Na verdade, o árbitro na arbitragem internacional não tem *lex fori*, isto é, não deve obediência a uma ordem jurídica nacional determinada, não é agente nem representa determinado Estado, em suma, ao contrário dos juízes, não detém poderes, por não ter sido conferidos pela soberania nacional, para dirimir litígios em nome de uma determinada comunidade nacional. Justamente por não ter *lex fori*, não tem em concreto uma lei, uma ordem jurídica, certa e determinada, para aplicar diretamente na resolução do litígio ou indiretamente através das respetivas normas de conflitos que lhe indique qual a lei, qual a ordem jurídica deve aplicar.²⁵³

A arbitragem internacional tem, porém, potencialmente ao dispor duas ou mais ordem jurídicas para dirimir questão de mérito de um litígio internacional, em função de determinados requisitos das pessoas, tais como a nacionalidade, domicílio e residência comum, ou com requisitos relacionais a matéria, tal como o lugar da celebração do contrato ou do seu cumprimento.²⁵⁴

Portanto, na arbitragem internacional o árbitro não deve obediência a uma ordem jurídica de base. Entretanto, para evitar que a arbitragem internacional se tornasse uma justiça sem regras de direito e o contrato internacional um contrato sem lei, certa doutrina procurou ligar a arbitragem internacional sem *electio juris* pelas partes a uma determinada ordem jurídica.²⁵⁵

É neste sentido que a Convenção de Washington em seu artigo 42 tenta por indicar um caminho para casos de omissões quando determina que o tribunal julgará o caso em conformidade com as regras de direito escolhidas pelas partes e, na sua ausência, o tribunal deverá

²⁵⁰ POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN..., op. cit., p. 572.

²⁵¹ As exceções a este caso são as leis de arbitragem da Suíça e da Suécia.

²⁵² BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. p. 601.

²⁵³ Ibid. p. 603.

²⁵⁴ Ibid. p. 603.

²⁵⁵ Ibid. p. 604.

aplicar a lei do Estado contratante parte no diferendo, bem como os princípios de direito internacional aplicáveis.²⁵⁶

Para resolver estes casos de lacuna contratual e escolha da lei aplicável à arbitragem, várias teorias são apresentadas e defendidas, com pontos positivos e críticas, sendo ainda uma matéria que possibilita diferentes aplicações.

As regras comuns de Direito Internacional Privado preveem geralmente a aplicação aos contratos internacionais da lei de uma das partes, e no caso da ausência de indicação da lei aplicável pelas partes, a maioria dos ordenamentos internos – responsáveis por legislar em matéria de direito internacional privado – indicam pela aplicação da lei do país onde a parte que deve realizar a prestação característica do contrato tem sua residência habitual, ou a sua administração central, ou ainda a lei do lugar da celebração do contrato. Entretanto, tais regras mostram-se inadequadas aos litígios emergentes de contratos petrolíferos entre Estados ou outros entes públicos e empresas estrangeiras.²⁵⁷

Tentou-se, então, centrar na ligação da arbitragem internacional com a lei da localização da arbitragem, doutrina defendida com base na Resolução de Amsterdão de 1957 pelos Institutos de Direito Internacional. Esta posição doutrinária foi fortemente atacada dada a discricionariedade do critério escolhido. Frequentemente o lugar da localização da arbitragem é escolhida pelas partes ou pelos árbitros apenas por conveniência, sem qualquer interesse na aplicação da lei deste Estado onde decorre a arbitragem, sendo que pode acontecer ainda de se desconhecer ao certo qual o local da arbitragem, dado ao facto de poder ocorrer em mais de um Estado ou ainda ser realizada pela internet. Mais tarde, o critério desenvolveu-se e propôs-se a ligar a arbitragem a determinada ordem jurídica através da vontade implícita das partes, devendo o árbitro identificar pelos termos contratuais qual foi a lei escolhida pelas partes.²⁵⁸

Outra possibilidade possível nestes casos de omissão de lei aplicável parte do pressuposto de que o árbitro internacional, apesar de não tem *lex fori*, está vinculado a soluções costumeiras internacionais que constituem verdadeiras normas jurídicas, porque provenientes de uma prática elaborada quer por entidades corporativas internacionais como câmaras de comércio ou instituições de arbitragem internacionais, quer por árbitros internacionais que aplicam esses usos e costumes internacionais.²⁵⁹

Trata-se do desenvolvimento da *lex mercatoria* e a criação de regras gerais internacionalmente aceitas. Entretanto, pode-se considerar que o debate em torno desta teoria alcança

²⁵⁶ PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado*, Revista internacional de arbitragem e conciliação, Ano I. p.78-105, Coord. Pinheiro, Luís de Lima, Coimbra: Almedina, 2008, p. 79.

²⁵⁷ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 108.

²⁵⁸ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. p. 605.

²⁵⁹ Ibid. p. 605

proporções mais teóricas do que práticas, especialmente porque são raras as sentenças proferidas em processos arbitrais baseadas exclusivamente na aplicação de uma *lex mercatoria*, de modo que este conceito criado doutrinariamente não parece ter muito efeito na prática arbitral internacional.²⁶⁰ Além do mais, outra crítica plausível a este posicionamento baseia-se no ponto de que essa prática não provém de nenhuma autoridade com poder para impor que estes costumes sejam aplicados.²⁶¹

O Direito Internacional Público também se apresenta como uma solução viável para o preenchimento desta lacuna normativa a ser aplicada. Esta solução reforça consideravelmente a posição dos particulares que sejam partes nos contratos em apreço, na medida em que, por força dela, as obrigações assumidas pelos Estados em virtude de tais contratos são tratadas como vinculações internacionais, a que os Estados não podem eximir-se invocando a suas leis internas. Este caso leva a ponderações de que uma ampla internacionalização ou deslocalização²⁶² dos denominados *Estate Contracts* pode restringir indevidamente o direito dos povos à soberania permanente sobre os seus recursos naturais. Por certo, são raras as decisões arbitrais pautadas exclusivamente no Direito Internacional Público a litígios em matéria petrolífera, o que também não significa dizer que estas regras são irrelevantes no que toca a estes litígios.²⁶³

Os princípios gerais do direito também são uma alternativa para se evitar a deslocalização das arbitragens petrolíferas, de modo a ser aplicado ao contrato os princípios jurídicos geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas. As decisões embasadas neste critério partem do princípio de que a natureza internacional do contrato obriga o afastamento da lei de ambas as partes e a aplicação de princípios reconhecidos internacionalmente, como o *pacta sunt servanda* para obrigar o cumprimento do contrato, assim como o princípio da força maior para ocasiões de suspensão ou resolução do contrato. A principal crítica a esta forma de escolha de aplicação da lei assenta-se na ideia de que não é possível identificar princípios jurídicos universalmente aceites sobre questões de maior importância suscitadas pelos contratos internacionais.²⁶⁴

Nestes casos de ausência contratual da legislação a ser aplicada, há ainda a defesa de que a lei a ser escolhida pelos árbitros deva ser a lei dos Estados contratantes. Entretanto, a aplicação do direito interno encontra-se limitada pelo Direito Internacional, na medida em que as regras internas não se mostrem incompatíveis com as regras aceites internacionalmente. Em outras palavras, este sistema de direitos concorrentes procura tomar em conta os diferentes interesses em

²⁶⁰ POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN..., op. cit., p. 570.

²⁶¹ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. p. 605.

²⁶² Cf. MOSES..., op. cit., p. 60, “a deslocalização, também chamada de sem-Estado ou flutuante, baseia-se na teoria de que à arbitragem não deve ser restringida pela lei local onde o contrato é celebrado ou executado.”

²⁶³ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 108.

²⁶⁴ Posição adotada no caso *Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company (NIOC)*, onde a decisão do árbitro foi no sentido de afastar o Direito Iraniano, embora o Irão tenha sido o local da celebração do contrato e onde era devido o cumprimento das obrigações dele resultantes. Cf. a decisão reproduzida no *The International and Comparative Law Quarterly*, 1964, pp. 1011 ss. Apud VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 110.

jogo, qual seja a aplicabilidade da lei do Estado contratante com intuito de atender aos seus interesses soberanos, limitados pela relevância conferida ao Direito Internacional necessária para proteger aos interesses dos particulares que com ele contratam.²⁶⁵

Por todo esse emblemático acerca da escolha da lei aplicável à arbitragem petrolífera em caso de omissão das partes é que a doutrina mais recente defende, por não haver uma regra universal na matéria e por não ter lógica que o árbitro internacional esteja sujeito a um sistema normativo de conflitos, que ele deva aplicar o direito que estime mais apropriado, de modo que se as partes não desejarem essa ampla liberdade de escolha dada aos árbitros, devam elas próprias escolherem a lei aplicável que assim lhe seja imposta. Se tal não suceder, o árbitro é livre para aplicar a sua lei, seja ela uma determinada lei nacional que ele entenda como a mais apropriada para à resolução do litígio, seja a *lex mercatoria*, constituída por usos comerciais e princípios gerais de direito comercial internacional, seja ainda um normativo desprovido de qualquer expressão jurídica concreta, criada pelo árbitro e que traduza o conceito que ele faça justiça concreta e desejável à resolução da lide.²⁶⁶

Para concluir, pode-se afirmar que o silêncio das partes confere ao tribunal arbitral amplos poderes para a escolha de eventual regra de conflito normativo como também para escolher qual lei será aplicada ao caso concreto. Muito deste poder está respaldado pela obrigação dos Estados contratantes da Convenção de Nova Iorque reconhecerem a sentença arbitral sem realizar qualquer revisão substantiva do mérito da decisão, estando esta obrigação afastada da necessidade de verificação da lei escolhida pelo tribunal arbitral para aplicar ao caso concreto.²⁶⁷

O árbitro deve incluir em suas sentenças as razões pelas quais escolheu determinada lei a ser aplicada ao mérito e, apenas em causas de proteções estatutárias ou questões de ordem pública, é permitida a revisão judicial pelo Estado das decisões tomadas pelo árbitro relativas à lei aplicável, sendo que nem a Convenção de Nova Iorque como a maioria dos estatutos de arbitragem permitem expressamente o não reconhecimento de uma sentença arbitral porque os árbitros erraram em sua análise de escolha de lei.²⁶⁸

VI.II – A SHARIA ISLÂMICA

Em consonância com o aumento da globalização, nas últimas décadas tem havido uma crescente interação comercial entre as empresas ocidentais e suas contrapartes no Médio Oriente. A interação está agora evoluindo da extração de matéria-prima para transações mais sofisticadas, com o crescente número de investimentos e aumento das transações comerciais, à

²⁶⁵ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit., p. 114.

²⁶⁶ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem* ..., op. cit. p. 605.

²⁶⁷ BORN, GARY B..., op. cit., p. 2620.

²⁶⁸ Ibid. p. 2776.

medida que as partes exploram oportunidades comerciais além da atividade de petróleo e gás. Dada a grande geopolítica e importância econômica desta região, é imperativo que os advogados ocidentais e profissionais de resolução de litígios tenham uma compreensão razoável dos princípios gerais da Sharia ou lei islâmica, uma fonte de direito na maioria das nações do Médio Oriente e um dos três principais sistemas legais que prevalecem no mundo na atualidade. É claro que o aumento das transações comerciais internacionais contribuiu para a globalização da comunidade jurídica, mas é preocupante que tenha havido muito pouca análise da influência e impacto sobre as bases religiosas do sistema jurídico religioso sobre a contínua aceitação na arbitragem comercial internacional.²⁶⁹

É de conhecimento geral que muitos dos países produtores de petróleo têm como principal fonte de direito a Sharia Islâmica, como por exemplo, a Arábia Saudita e o Kuwait no Médio Oriente, Líbia e Nigéria em África.²⁷⁰ E mais, deve-se destacar que a aceitação história da arbitragem no Médio Oriente resta evidenciada no momento em que por volta de 1900, comerciantes europeus fizeram uso de centro de arbitragem no Bahrein, o que torna o Emirado um centro de arbitragem comercial internacional anterior a Londres e Paris.²⁷¹

Em rápida definição, a Sharia pode ser definida como o conjunto de leis da fé compreendida pelo Alcorão e um sistema de direito árabe detalhado de leis religiosas desenvolvidos por estudiosos muçulmanos, em vigor em muitos Estados fundamentalistas.²⁷²

A lei islâmica não é um código sistemático, mas um organismo vivo e crescente.²⁷³ No entanto, entre as suas diferentes escolas existe um grande grau de concordância, especialmente porque o ponto de partida e os princípios básicos são idênticos em qualquer um dos países que adotam a lei islâmica como lei fundamental, sendo que as diferenças que existem são devidas a razões históricas, políticas, econômicas e culturais.²⁷⁴

Sendo um sistema normativo bastante diferente daquele aplicado no chamado Mundo Ocidental, a questão levantada é saber em que medida as regras da Sharia devem ser aplicadas às arbitragens internacionais relativas aos litígios petrolíferos.

Uma das vantagens da arbitragem comercial internacional é a liberdade das partes em negociar a escolha da lei aplicável ao caso, garantia esta prevista nos principais centros e normas de arbitragens enumerados anteriormente. Entretanto, essa liberdade não existe perante os

²⁶⁹ FAISAL, KUTTY, *The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration*, International Journal of Arab Arbitration, 2009, vol. I, Issue 4, Kluwer Arbitration, p. 63.

²⁷⁰ VICENTE, DARIO MOURA..., op. cit. p. 119.

²⁷¹ FAISAL, KUTTY..., op. cit., p. 65

²⁷² SANTIAGO, EMERSON, *Sharia*, Jornal Infoescola, disponível em <http://www.infoescola.com/islamismo/sharia/>

²⁷³ O Direito Islâmico possui como fonte o alcorão, que não é um livro de direito, retrata a história do universo, do homem e de sua relação com Deus. A suna, caracterizada como uma fonte costumeira, passada entre as gerações. O *idjma* é um acordo unânime regido por dois princípios de Maomé que afirmam que aquilo que os muçulmanos considerarem justo, será justo para Deus e que jamais haverá consenso sobre um erro. O *Qiyâs*, que trata da aplicação da analogia, Apud DAVID, RENÉ, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

²⁷⁴ FAISAL, KUTTY..., op. cit. p. 73.

Estados islâmicos quando está em jogo a Sharia. O próprio conceito de um sistema divinamente inspirado de leis impede a escolha de qualquer outra lei pelas partes em uma disputa. Na verdade, as injunções do Alcorão instam os crentes a terem suas disputas julgadas “pelo que Deus revelou”. Isso explica por que os tribunais e regulamentos sauditas não reconhecem os princípios de leis de conflito ocidentais e aplicam automaticamente as leis sauditas, sendo a situação nos Emirados Árabes Unidos muito semelhante. De acordo com a legislação dos EAU, a menos que o árbitro tenha autorizado a conciliação entre as partes, a sentença arbitral deverá “estar em conformidade com as disposições da lei ...”, sendo que a lei dos Emirados Árabes Unidos estabelece que a principal fonte de direito é a Sharia.²⁷⁵

Já em caso de omissão das partes, conforme explicado no tópico anterior, quando a cláusula arbitral não especifica os princípios comerciais que regem uma disputa e a lei a ser adotada no caso, os árbitros são forçados a avaliar disposições legais estrangeiras e diferenças culturais na determinação de uma solução equitativa. Questões islâmicas, como a lei e as diferenças culturais do Médio Oriente terão de ser considerado em qualquer interpretação de formação de contratos e negociação, inclusive se consideradas as disposições da Convenção de Washington, anteriormente mencionadas, que determinam a aplicação da lei do Estado contratante no litígio em caso de omissão das partes.²⁷⁶

Isso porque, não há nenhum normativo que regula expressamente o problema da aplicabilidade de fontes religiosas de direito nas arbitragens comerciais internacionais. Pelo contrário, há uma tendência a liberdade das partes em escolherem a lei a ser aplicada, inclusive o direito religioso, devendo os árbitros aplicarem uma das diversas formas de conflitos normativos e optarem pela lei que melhor se encaixe no caso concreto.²⁷⁷

A questão da aplicação da lei religiosa emerge duas orientações fundamentais que direcionam para a aplicação ou não da Sharia em convenções de arbitragem omissas quanto à indicação da lei aplicável, muito bem representado pela jurisprudência arbitral.

No caso *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*,²⁷⁸ e no caso *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company, Ltd.*,²⁷⁹ os árbitros excluíram a aplicação do Direito Muçulmano ao mérito da causa por considerarem que na Lei Religiosa vigente inexistia

²⁷⁵ LEW, JULIAN D.M., *The Recognition and Enforcement of Arbitration Agreements and Awards in the Middle East*, Arbitration International, Vol. 1, No. 2 1985, p. 161.

²⁷⁶ FAISAL, KUTTY..., op. cit. p. 64.

²⁷⁷ VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p. 119.

²⁷⁸ Decisão reproduzida no THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, the journal of the British Institute of International and Comparative Law, 1952, pp. 247 ss., disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly>.

²⁷⁹ Decisão reproduzida no CAMBRIDGE LAW REPORTS, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic* pp. 297-388, disponível em: <http://ebooks.cambridge.org/clr/case.jsf?bid=CBO9781316151808&id=CBO9781316151808A039>.

princípios jurídicos aplicáveis a interpretação de instrumentos comerciais modernos e que partes do contrato ficariam expostas à grave ameaça de serem inválidas. De mesma forma, considerou-se que as partes, no momento da assinatura do contrato, não tinham por intenção a aplicação da lei religiosa, ainda que o contrato tenha sido celebrado e tenha a integralidade de sua execução no Estado do Médio Oriente em questão.²⁸⁰

Em sentido oposto, no caso *Aramco v. Saudi Arabia*,²⁸¹ a convenção de arbitragem determinava expressamente que o litígio seria decidido de acordo com o Direito da Arábia Saudita no que tange às matérias pertencentes à jurisdição deste País e pelo Direito que o Tribunal considerasse aplicável nas demais matérias. Decidiu-se que o Direito aplicável no que se refere à concessão seria a Sharia, tal como vigora na Arábia Saudita. Porém, a lei religiosa não continha regras precisas a respeito da exploração de jazidas petrolíferas, razão pela qual, na iminência de dúvidas sobre o conteúdo e significado do contrato, seria aplicado os princípios gerais do Direito.²⁸²

Claramente este tema é bastante abrangente e demandaria um estudo próprio para determinar como e se há maneiras de garantir a conformidade da escolha da lei na arbitragem com a Sharia e, ao mesmo tempo, garantir que as partes possam exercer sua liberdade contratual quando se trata da determinação da escolha da lei.

Certo que a rica tradição jurídica da Sharia revela claramente que há muitos aspectos morais, éticos e legais compatíveis com os sistemas ocidentais expressados no *civil law* e no *common law*. Percebe-se que a Sharia é um sistema sofisticado com sua própria metodologia e mecanismos de evolução para atender as necessidades da sociedade contemporânea, de modo que considerar a lei islâmica como um sistema arcaico e irrelevante afasta o ideal comum pautado no respeito e necessário para criar um sistema internacional inclusivo. Não restam dúvidas que existe a necessidade de reformar a lei religiosa em alguns pontos para melhor lidar com as normas, transações e instituições contemporâneas, mas há também uma necessidade igual de acomodar e abordar melhor as questões de interesse do ponto de vista islâmico. A conectividade global e a dependência mútua de vários setores dependem do diálogo entre o ocidente e o mundo islâmico para o perfeito funcionamento de seus negócios.²⁸³

VI.III – *LEX PETROLEA*

A singularidade da realidade empresarial e contratual do segmento petrolífero e a especificidade dos interesses daí decorrentes, conduziram à sedimentação de certos princípios e

²⁸⁰ VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p. 118.

²⁸¹ Decisão reproduzida na *Revue critique de detroit international privé*, 1963, pp. 304 ss, Apud VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p.119.

²⁸² VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p. 120.

²⁸³ FAISAL, KUTTY..., op. cit. p. 108.

tendências gerais do direito contratual do petróleo. Estes princípios e tendências, cuja formação e consolidação se deu, de modo progressivo, nas últimas décadas, representam em alguns casos verdadeiros princípios relativamente indiscutíveis e, por conseguinte, dotados de certa imperatividade, ou ainda, em outros casos, apresentam-se apenas tendências gerais da contratação no sector petrolífero. Nota-se na prática que semelhantes princípios e tendências vão efetivamente encontrando expressão não apenas no texto dos contratos celebrados, mas de igual forma nos usos já estabelecidos na própria execução contratual, no direito internacional do investimento estrangeiro, na jurisprudência proferida nesta área, no articulado de diversas convenções internacionais, de múltiplos diplomas legislativos internos e, de forma mais indireta, de diversos textos ou projetos legislativos internacionais tendentes à harmonização ou uniformização do direito privado ou do direito contratual mercantil.²⁸⁴

E é neste contexto de princípios e tendências frequentemente usadas no sector petrolífero que surge a figura da *lex petrolea* como especialização da *lex mercatoria* como meio alternativo para a aplicabilidade normativa às arbitragens petrolíferas. O mencionado instituto apresenta-se como possível solução para casos de lacunas na escolha da lei através dos usos e costumes da indústria do petróleo.²⁸⁵

A *lex mercatoria* pode ser definida como um conjunto de princípios gerais e regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem se referir a um sistema de direito nacional específico. Trata-se uma ordem jurídica autónoma do Estado e da ordem jurídica internacional que regulando o comércio internacional seria uma verdadeira lei do mercador à qual, as partes podiam submeter os seus litígios e que os árbitros, na arbitragem internacional possuem a faculdade escolher e aplicar ao procedimento arbitral.²⁸⁶

Corresponde a tentativa de criar uma *soft law* assim entendida como um complexo normativo que serve como critério de fundamentação de decisões ou de legitimação de práticas e de comportamentos típicos de natureza profissional, construído a partir da opinião de *experts* e juristas. Sua adoção decorre da persuasão racional que seus conceitos invocam a partir do diálogo com as fontes de origem mais diversas e da criação gradual de um vocabulário comum legitimador, entretanto, desprovido de carácter vinculativo e que atue mediante a persuasão ou pelo convencimento da sua conformidade com o direito.²⁸⁷

Com conceito não distante ao acima apresentado, a *lex petrolea* constitui um conjunto normativo voltado para a regulamentação das atividades relacionadas ao petróleo enquanto

²⁸⁴ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE..., op. cit., p. 154.

²⁸⁵ FAISAL, KUTTY..., op. cit. p. 109.

²⁸⁶ STRENGER, IRINEU..., op. cit., p. 750.

²⁸⁷ GAMA JR, LAURO, *Contratos internacionais à Luz dos Princípios UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

atividade económica exercida em âmbito internacional. Em síntese, corresponde a aplicação dos usos e costumes da indústria petrolífera na resolução de conflitos, desenvolvido através das frequentes relações entre Estados, na sua forma direta ou indireta, e entes privados, em que a celebração dos mais diversos tipos de contratos envolvidos no ramo seguem modelos reconhecidos e aceitos internacionalmente.²⁸⁸

Diferentemente do exemplo da UNCITRAL para o comércio geral em que existe um texto que pode ser usado como norteador nas transações internacionais e na resolução dos litígios resultantes, os usos e costumes da indústria petrolífera não foram “codificados,” especialmente porque aparenta ser improvável que os Estados aceitem submeter-se exclusivamente a tais usos e costumes nos litígios que têm por objeto a exploração dos seus recursos naturais. Como se sabe, apesar de toda conectividade existente nos tempos atuais, especialmente nas relações comerciais e a interatividade de sistemas normativos tão distintos, como o caso da Sharia há pouco exposto, os Estados ainda são a principal fonte do direito e são tendenciosos a fazer valer a sua lei.²⁸⁹

Assim como dito acerca da escolha da *lex mercatoria* como única fonte a ser aplicada pelos árbitros em casos de omissões na indicação da lei aplicável, também parece pouco provável que a *lex petrolea* siga caminho diferente e seja fonte exclusiva de embasamento de uma sentença arbitral. Entretanto, apesar de não “codificada” e menos desenvolvida, a *lex petrolea* já foi utilizada como fundamentação em alguns casos específicos em arbitragem petrolífera.

Um dos casos emblemáticos da invocação do instituto da *lex petrolea* apareceu na decisão proferida em 1982 sobre o caso *Kwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*²⁹⁰ em que estava sendo discutido a nacionalização de uma concessão petrolífera de que era titular a *Aminoil* em território do Kuwait. Em sua fundamentação, o Governo do Kuwait invocou várias decisões de Tribunais Arbitrais sobre nacionalizações de concessões petrolíferas ocorridas no Médio Oriente, o que teria gerado uma regra de Direito costumeiro própria da indústria do petróleo. O Tribunal, contudo, não compartilhou deste entendimento.²⁹¹

Em Contrapartida, diversos são os precedentes onde ela foi reconhecida como aplicável ao mérito da controvérsia, tanto de forma exclusiva, como de forma subsidiária à uma lei diversa.

²⁸⁸ ALVES, CLARISSA MARIA BEATRIZ BRANDÃO DE CARVALHO; MARINHO, CARLOS AUGUSTO MENEZES; VASSALLO, JOÃO GUILHERME DA HORA, *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*, paper apresentado no 4 PDPetro, Campinas, SP, 21-24 de outubro de 2007, disponível em: <http://www.porta labpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf> Apud FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*: Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011.

²⁸⁹ VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p. 120.

²⁹⁰ Decisão proferida no Yearbook of Commercial Arbitration, 1984, pp.71 ss, Apud VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p. 120.

²⁹¹ VICENTE, DÁRIO MOURA..., op. cit., p. 120.

No caso *Sapphire International Petroleum v. National Iranian Oil Company - NIOC*,²⁹² os árbitros fundamentaram sua decisão de aplicação da *lex petrolea* à composição do litígio com base nos princípios da boa-fé e da cooperação entre as partes para identificar o conjunto de regras a reger o contrato em questão, afastando a lei nacional do Estado hospedeiro. Tratou-se de um caso típico em que os usos e costumes da atividade, reconhecidos internacionalmente, foi determinante para a decisão dos árbitros.²⁹³

Em mesmo sentido, no caso *British Petroleum (BP) v. Government of the Libyan Arab Republic*,²⁹⁴ os árbitros aplicaram a *lex petrolea* subsidiariamente para preencher as lacunas do direito líbio – a Sharia – que não prevê determinadas situações relativas ao contexto petrolífero.²⁹⁵

Percebe-se, portanto, que a *lex petrolea* é uma realidade, com práticas e costumes da indústria petrolífera reconhecidos internacionalmente. Ainda que não consolidada como a *lex mercatória*, a simples menção ao instituto e sua consequente aceitação em determinados julgados arbitrais, abre espaço para seu desenvolvimento e aperfeiçoamento como instrumento regulamentador das relações petrolíferas e sua consequente utilização pelos Tribunais Arbitrais.

VI.IV – VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM PETROLÍFERA

Os benefícios da arbitragem comercial internacional são substanciais. Um estudo empírico do porquê as partes escolhem a arbitragem internacional para resolver disputas, descobriu-se que as duas razões mais significativas eram a neutralidade do foro, isto é, ser capaz de ficar fora do tribunal da outra parte, e a probabilidade de execução da sentença arbitral proferida com base na Convenção de Nova Iorque, a qual conta com mais de 145 países signatários. Outras vantagens do procedimento arbitral passam pela possibilidade de manter o procedimento e a sentença arbitral em segredo, além da liberdade das partes em escolher árbitros com *expertise* no assunto a ser discutido.²⁹⁶

²⁹² SAPPHIRE INTERNATIONAL PETROLEUMS LTD. v. NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY, disponível em: https://www.trans-lex.org/261600/_/saphire-award-1963-at-136-et-seq/, Apud FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*: Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011.

²⁹³ ALVES, CLARISSA MARIA BEATRIZ BRANDÃO DE CARVALHO; MARINHO, CARLOS AUGUSTO MENEZES; VASSALLO, JOÃO GUILHERME DA HORA, *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*, paper apresentado no 4 PDPetro, Campinas, SP, 21-24 de outubro de 2007, disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf> apud FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*: Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. p.5.

²⁹⁴ CAMBRIDGE LAW REPORTS, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic* pp. 297-388, disponível em: <http://ebooks.cambridge.org/clr/case.jsf?bid=CBO9781316151808&id=CBO9781316151808A039>.

²⁹⁵ ALVES, CLARISSA..., op.cit. p.5.

²⁹⁶ MOSES..., op. cit., p. 4.

A atividade petrolífera é cercada por riscos e por isso necessita de investimentos financeiros assegurados por garantias especiais, sendo que este investimento é fortemente vulnerável a interferências do Estado que o acolhe, quer por via de nacionalização ou expropriação, quer por restrições ao repatriamento dos lucros do investidor, do aumento de impostos ou das alterações legislativas de outra natureza. Neste sentido, do ponto de vista do investidor estrangeiro, a arbitragem se apresenta como uma garantia essencial de que, em caso de litígio com o Estado ou outro ente público com quem contratou, o processo será realizado perante um órgão imparcial.²⁹⁷

Outras muitas vantagens são apontadas como justificativa da escolha pela arbitragem como meio de resolução de litígios no sector petrolífero: a imparcialidade e neutralidade do tribunal arbitral; maior celeridade processual, especialmente quando considerados que as partes possuem interesse em prosseguir com o negócio que envolve grandes fortunas; menor formalidade processual; a confidencialidade do processo; maior especialidade técnica dos árbitros; irrecorribilidade da decisão proferida; maior facilidade de reconhecimento da sentença arbitral no estrangeiro e custas processuais inferiores.²⁹⁸

Especificamente em relação aos custos do processo arbitral, muitas companhias argumentam que esta vantagem não mais existe ao processo arbitral. Como a arbitragem comercial cresceu em número e em quantidade de dinheiro em jogo, as partes incorporaram cada vez mais táticas de litígio à arbitragem. Essas táticas tendem a aumentar os custos, criar atrasos e aumentar a natureza contraditória do processo. No entanto, mesmo que o processo de arbitragem tenha começado a se assemelhar a litígios judiciais de várias maneiras, as partes tendem a achar que a arbitragem ainda vale o custo, devido às outras vantagens que ela oferece.²⁹⁹

Por outro lado, as desvantagens da arbitragem comercial internacional aplicada ao sector petrolífero são as mesmas das vantagens, apenas vistas sobre um outro ponto de vista,³⁰⁰ o que dá a certeza de que a arbitragem não é uma fórmula miraculosa capaz de resolver todas as patologias apontadas aos meios tradicionais para resolução de litígios.³⁰¹

Do ponto de vista contrário aos benefícios, pode-se apontar como pontos negativos à arbitragem: falta de transparência resultante da confidencialidade dos processos; falta de independência, onde os árbitros podem incorrer em conflitos de interesses, sobretudo quando exerçam simultaneamente funções como advogados em outras arbitragens de investimento e a nomeação reiterada das mesmas personalidades a fim de julgar processos desta natureza, o que pode

²⁹⁷ VICENTE, DÁRIO MOURA, *Arbitragem petrolífera*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Vol. n.º4. 2011, p. 43.

²⁹⁸ Ibid. p. 45.

²⁹⁹ MOSES..., op. cit., p. 4.

³⁰⁰ Ibid. p. 4.

³⁰¹ VICENTE, DÁRIO MOURA, *Arbitragem petrolífera*..., op. cit., p. 44.

comprometer potencialmente a sua independência relativamente às partes em litígio; falta de previsibilidade das decisões arbitrais, visto que geralmente não é admitida a interposição de recurso de sentenças arbitrais proferidas nas arbitragens estrangeiras, podendo surgir interpretações divergentes das mesmas disposições, ou de disposições semelhantes, constantes de diferentes acordos comerciais internacionais, o que é suscetível de gerar incerteza quanto aos direitos dos investidores e às responsabilidades dos Estados de acolhimento. Destaca-se ainda que as próprias arbitragens realizadas em centros institucionalizados já são dotadas de procedimentos bastante burocratizados, que em muito se começam a aproximar dos Tribunais judiciais.³⁰²

VII – ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO SECTOR PETROLÍFERO

Por arbitragem de investimentos, entende-se a arbitragem entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas estrangeiras com respeito à afetação de meios produtivos a uma atividade económica no território do Estado de acolhimento.³⁰³ Esta modalidade de arbitragem internacional distingue-se da arbitragem comercial internacional, não tanto sobre os princípios fundamentais de natureza processual que são genericamente comuns, mas pelo facto de tratar de litígios entre um Estado, ou certas entidades por ele controladas, e entidades privadas que são investidoras no Estado litigante, desde que elas sejam consideradas nacionais de um outro Estado que com o Estado litigante tenha firmado um tratado bilateral ou uma convenção multilateral destinada a promover e proteger investimentos ou certas transações equivalentes efetuadas pelos nacionais respetivos.³⁰⁴

A principal questão a sublinhar neste tipo de arbitragem consiste na diversidade de sujeitos jurídicos litigantes e dos interesses que representam. De um lado, o Estado ou outra entidade do sector público que é simultaneamente titular do interesse público e de um interesse contratual ou, no mínimo, titular de obrigação de proteger os interesses contratuais dos investidores estrangeiros no seu território mesmo que não seja parte do contrato de investimento. Por outro lado, tem-se o investidor privado que se utiliza dos tratados bilaterais ou convenções internacionais de investimento para fazer frente ao *jus imperii* do Estado hospedeiro e ter resguardado alguns direitos contratuais, como a proibição da expropriação ou da nacionalização sem direito a indemnização, proibição de tratamento injusto e não equitativo, direito a proteção completa e a segurança, respeito ao *pacta sunt servanda* e a garantia de repatriação dos valores de liquidação do investimento e de outros fundos relativos a este.³⁰⁵

³⁰² Ibid. 44.

³⁰³ PINHEIRO, LUÍZ DE LIMA, *Introdução à arbitragem de investimentos no setor de energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana*, disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>.

³⁰⁴ BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem ...*, op. cit. p. 725.

³⁰⁵ Ibid. p. 726.

A indústria internacional de energia e o direito internacional de investimento desfrutam de uma história compartilhada em muitos aspectos. Em particular, a indústria do petróleo representa o modelo do investimento estrangeiro direto que a arbitragem investidor-Estado foi originalmente concebida para proteger. Projetos de energia normalmente envolvem longos horizontes de tempo e são altamente intensivos em capital de modo que os projetos energéticos convencionais, que abrangem desde instalações de extração de petróleo e gás natural, plataformas *offshore*, refinarias, centrais de produção de energia, redes de transporte, são enormes em tamanho e custo e demoram anos a construir. Elas podem exigir planejamento técnico e jurídico intensivo, esquemas complicados de financiamento, a cooperação de vários níveis de governo local e federal e o cumprimento de várias camadas de regulamentação ambiental e de uso da terra, além de também poderem abranger vários países ou outras divisões políticas, o que leva aos projetos de exploração de petróleo e gás enfrentarem riscos de exploração, comerciais, financeiros, técnicos, administrativos e ambientais, risco de desastres naturais, além de questões relacionadas a estabilidade política que envolvem ameaças de nacionalização e expropriação.³⁰⁶

O direito internacional em matéria de investimento não é o remédio para todos esses problemas, mas funciona para abordar muitas das questões acima mencionadas, particularmente aquelas relacionadas ao risco político. Por um lado, coloca a responsabilidade dos governos anfitriões em fornecer certas proteções aos investidores estrangeiros, a incluir garantias de tratamento igualitário nacional e de acordo com o padrão mínimo internacional, proteção a contraexigências de desempenho e compensação em caso de nacionalização ou ações que exijam expropriação. Por outro lado, fornece acesso a diversos fóruns neutros e confiáveis para a solução de controvérsias e a aplicação de sentenças quando um investidor alega que um governo anfitrião violou um desses padrões de proteção.³⁰⁷

O mais popular centro para resoluções de litígios é o Centro Internacional para a Resolução de Litígios de Investimento – ICSID – já estudado nos capítulos anteriores. Entretanto, alternativamente os investidores podem escolher entre vários outros fóruns, como a Câmara de Comércio Internacional ou ainda optar pela arbitragem perante um tribunal *ad hoc* estabelecido sob as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional – UNCITRAL. Cada fórum e conjunto de regras tem suas próprias vantagens e desvantagens, no entanto, apenas a Convenção ICSID é projetada especificamente para acomodar disputas de investimento entre um investidor privado e um Estado soberano em vez de duas entidades comerciais privadas. A Convenção do ICSID também oferece o benefício não substancial de proferir

³⁰⁶ BLYSCHAK, PAUL MICHAEL, *Arbitration Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contracts Versus Breaches of Treaty*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2010, Volume 27 Issue 26, p. 580.

³⁰⁷ Ibid. 586.

sentenças imunes à interferência judicial tanto na jurisdição de prestação quanto na jurisdição de execução, uma vantagem não incluída na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em que os outros sistemas arbitrais são geralmente dependentes.³⁰⁸

Importante ainda destacar que os tribunais arbitrais regulados por esta Convenção de Washington têm jurisdição para conhecer dos diferendos diretamente decorrentes de um investimento, entre um Estado contratante – ou qualquer pessoa coletiva de Direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro – e um nacional de outro Estado contratante, diferendo este, cuja submissão ao ICSID foi consentida por escrito por ambas as partes.³⁰⁹

O tratado da Carta de Energia é o primeiro grande tratado multilateral no âmbito energético, a incluir-se a atividade petrolífera, a impor extensas obrigações aos governos no que diz respeito à proteção e tratamento do investimento estrangeiro diretamente executável por empresas privadas. Diferentemente de muitas diretrizes, declarações e códigos de condutas – documentos emitidos para regulamentar a atividade – o tratado permite que empresas privadas processem os Estados, sem submissão prévia a um tribunal arbitral, por violar as principais obrigações de investimento do Estado.³¹⁰

Não sendo objetivo deste estudo detalhar a Carta de Energia, mas sim apresentá-la como um instrumento das arbitragens no sector petrolífero, vale dizer que a Carta trata de muitas questões que são normalmente negociadas diretamente entre o investidor e o Estado recetor, como as licenças de exploração, regimes fiscais, cláusulas de estabilização e a arbitragem.³¹¹ No caso do processo de arbitragem de diferendos relativos à investimentos, a Carta prevê que o investidor é “pessoa singular com cidadania ou nacionalidade da parte contratante ou que aí resida permanentemente, nos termos da respetiva legislação aplicável” ou a “sociedade ou outra organização constituída nos termos da legislação aplicável nessa parte contratante,”³¹² devendo o Estado do investidor e o Estado recetor serem signatários do tratado.³¹³

Os normativos internacionais em matéria de investimento não oferecem proteção geral a todos os investimentos no exterior. É uma rede de acordos bilaterais e tratados com múltiplas partes assinados por Estados e concebidos para proteger os investidores que são nacionais

³⁰⁸ Ibid. p. 586.

³⁰⁹ PINHEIRO, LUÍZ DE LIMA, *Introdução à arbitragem de investimentos no setor de energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana*, disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>.

³¹⁰ WALDE, THOMAS, W., *International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty*, Chapter 13, 1996, Kluwer Law International, p. 251.

³¹¹ Ibid. p. 275.

³¹² Artigo 1º, n. 7 do Tratado da Carta de Energia, disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar36-1996.pdf> acesso em 03/05/2018.

³¹³ PINHEIRO, LUÍZ DE LIMA, *Introdução à arbitragem de investimentos no setor de energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana*, disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>.

desses Estados quando estão expandindo suas operações para os territórios das contrapartes. Como tal, para ser protegido por uma lei de investimento internacional aqui discutida, uma empresa petrolífera deve primeiro qualificar-se como beneficiária de um acordo internacional de investimento, devendo cumprir uma série de requisitos jurisdicionais provavelmente incluídos nesse tratado. Entre os principais requisitos, destacam-se que seus interesses se qualificam como um “investimento” destinado ao Estado hospedeiro e que a empresa seja definida como um investidor.³¹⁴

Em termos gerais, um investidor de um projeto petrolífero terá de satisfazer a definição de investimento contida no acordo ou no tratado internacional, assim como também deverá estar respaldado pelas definições da Convenção de Washington relativa a investimentos. As definições de investimento destinadas a ilustrar as intenções dos signatários nos tratados internacionais ou acordos bilaterais são tipicamente longas e não exaustivas, podendo alguns prever diretamente as atividades de concessão, extração ou exploração de recursos naturais, como também termos mais genéricos como “empreender qualquer atividade económica e comercial”. Os próprios redatores do ICSID optaram por não definirem o termo investimento, abrindo-se margem a diversas interpretações por partes dos tribunais arbitrais acerca da configuração ou não de determinada atividade como de investimento.³¹⁵

Por outro lado, conforme a própria previsão do ICSID e frequentemente seguida pelos acordos bilaterais, as empresas do sector petrolífero podem ser enquadradas como investidores quando são constituídas no Estado que celebra o acordo ou tratado com o Estado hospedeiro, assim como pode ser investidor uma empresa constituída no Estado hospedeiro desde que tenha capital estrangeiro e seja controlada por entidades do outro Estado signatário.³¹⁶

É também crucial notar que as empresas do sector petrolífero não precisam depender exclusivamente dos tratados de investimento para obter acesso à arbitragem entre investidores e Estados perante fóruns como o ICSID, sendo que o direito de apresentar uma reivindicação de investimento à arbitragem pode estar contido na legislação interna do Estado anfitrião. Neste mesmo sentido, as empresas de energia podem negociar cláusulas de arbitragem do ICSID nos contratos de exploração e desenvolvimento de unidades de participação que assinam, como também podem os investidores negociar novos termos no contrato que podem complementar as cláusulas de arbitragem e reforçar os seus direitos perante os tribunais de arbitragem internacionais, tais como cláusulas de estabilização e cláusulas de escolha de lei.³¹⁷

São estas ponderações que podem fazer a diferença entre o contrato ser regido pela lei municipal da jurisdição do Estado anfitrião ou o contrato ser internacionalizado para ser

³¹⁴ BLYSCHAK..., op. c.it., p. 587.

³¹⁵ Ibid. p. 588.

³¹⁶ BLYSCHAK..., Op. Cit., p. 590.

³¹⁷ Ibid. p. 591.

regido pelo direito internacional. Contudo, quando a legitimidade é alcançada através de cláusulas contratuais de arbitragem, é importante notar que o investidor pode não ter necessariamente acesso ao tipo de proteção normalmente proporcionado pelos acordos bilaterais ou tratados internacionais, como por exemplo, proteção contra expropriação ilegal ou medidas equivalentes à nacionalização. Isto porque uma cláusula de arbitragem, a menos que pretenda fazer mais, normalmente apenas dá à parte acesso à arbitragem para resolver reivindicações de quebra de contrato, em vez do tipo de padrões de tratamento contidos nos tratados de investimento.³¹⁸

Além disso, a inclusão de cláusulas de arbitragem nos contratos de investimento não elimina a possibilidade de problemas permanentes complexos. Os projetos petrolíferos geralmente apresentam grandes grupos de contratados mantidos juntos por uma rede de acordos de *joint venture*, parcerias e outros acordos contratuais e, portanto, quando um membro de um grupo que não é parte direta de uma cláusula compromissória assinada com o Estado de acolhimento procura se beneficiar de tal cláusula, pode ser obrigado a litigar perante a jurisdição Estatal nos termos e condições da legislação interna.³¹⁹

Certo que o sector internacional petrolífero tem uma longa história de disputas sobre investimentos. A existência dos tratados internacionais aqui mencionados e outros acordos bilaterais entre Estados contribuem para garantir maior segurança jurídica aos investidores internacionais de modo a terem seus interesses preservados, assim como, uma vez assinado pelo potencial Estado hospedeiro, demonstrar que o Estado está pactuado com a comunidade internacional e consequentemente atrair maior número de investidores, indispensáveis para o desenvolvimento económico.

VIII - CONCLUSÃO

Como principal fonte energética disponível, o petróleo é ponto fundamental nas relações internacionais, ao passo que incentivou o surgimento de novos segmentos comerciais, como também deu base para inovações normativas. O sector estar diretamente ligado a conflitos armados contemporâneos, especialmente guerras civis e, portanto, possui forte relevância quando o assunto é segurança internacional. Importante ainda destacar que, por um lado, o petróleo é elemento essencial para às grandes potências económicas e bélicas mundiais, especialmente pela sua indispensabilidade social e industrial e, por outro lado, um sopro de esperança aos Estados em desenvolvimento com reservas para exploração onde o petróleo desponta como indispensável fonte de gerar capital e investimentos nestes países.

³¹⁸ BLYSCHAK..., Op. Cit., p. 592.

³¹⁹ Ibid., p. 592.

Os contratos da indústria petrolífera, tal como discutido, são contratos complexos e estão sujeitos a inúmeras fontes de tensão, especialmente nas atividades *upstream* de exploração e produção onde há o envolvimento direto de Estados como parte na condição de cedente, ou mesmo na qualidade de cessionário, e o investidor privado, a quem a estabilidade dos regimes fiscais e das cláusulas contratuais são essenciais. Sublinha-se, neste ponto, que estabilidade deve ser interpretada como uma garantia de equilíbrio e não como uma necessidade de congelamento de regimes jurídicos, e que o fundamental consiste em garantir os padrões contratuais e não as regras em vigor no momento da celebração do termo.

Os contratos celebrados em sua grande maioria são acordos bilaterais ou plurilaterais de vontade livre das partes, cujo objetivo está pautado em relações de natureza patrimonial ou de serviços, com elementos de conexão entre um ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais e são regidos pelos tratados ou acordos de investimento entre o Estado produtor e o Estado de origem da companhia investidora. Tipicamente os contratos tem por objeto recursos energéticos estratégicos sobre os quais o Estado produtor exerce soberania permanente em função dos interesses sociais gerais dos seus nacionais, razão pela qual é comum a inclusão de cláusulas especiais, como a cláusula de estabilização, para equiparação de forças entre a liberdade de contratar e respeito ao pacto celebrado frente a soberania e a ordem pública do Estado contratante. Como mencionado, os investimentos no processo de exploração e produção do petróleo são bastantes elevados para os investidores conviverem com riscos de nacionalização e expropriação sem devidas compensações, além de mudanças bruscas de legislação dos Estados no que concerne especialmente a questões tributárias.

A solução arbitral, através da introdução de uma convenção arbitral no texto contratual ou por referência a um tratado bilateral ou multilateral de investimento, apresenta-se como elemento indispensável para conflitos em que a pressão para alteração de elementos contratuais não permite uma renegociação em termos facilmente aceitáveis para ambas as partes. Nesse sentido, a entrega do problema a uma instância qualificada, independente, imparcial e neutra, acaba por ser uma solução que serve a ambas as partes, sobretudo quando estão conscientes da necessidade de alterações ou adaptações, mas não entendem ser possível chegarem a um acordo por si só.

A grande preferência pela arbitragem é pautada pelo desenvolvimento deste instituto ao longo dos tempos. A existência de vários tratados internacionais ou acordos bilaterais envolvendo a arbitragem contribuiu de forma significativa para a normatização da arbitragem em âmbito interno, ainda que as leis nacionais possam divergir em determinados pontos, a regra é que a positivação das leis de arbitragem nos Estados gera um efeito de confiabilidade e segurança jurídica indispensáveis para a escolha deste meio alternativo de resolução de conflitos. Grande contribuição para estes efeitos também decorre dos centros especializados de arbitragem espalhados pelo mundo,

os quais representam verdadeiras bases para o desenvolvimento do processo arbitral, especialmente em âmbito internacional.

Entretanto, o sistema arbitral internacional não é imune a flutuações bruscas da percepção de direitos, das tendências da opinião pública internacional, da própria correlação de forças entre Estados e da densidade ideológica ou axiológica das posições em confronto no cenário internacional. Mas não ser imune não significa que o sistema arbitral se comporte com uma lógica de catavento que se limita a refletir acriticamente as flutuações e as mudanças que vão ocorrendo. Ao sistema arbitral, pede-se que seja capaz de manter os valores centrais e nucleares do direito e que, ao fazê-lo, pondere, reduza e normalize as tensões inevitáveis.

Entre as várias peculiaridades da arbitragem no sector petrolífero, a escolha da lei aplicável ao mérito da causa, em casos de litígios, apresenta bastante relevância, onde em um cenário ideal, as partes devem fazer constar imperativamente a indicação das normas que irão nortear a constituição e o processo arbitral. Ao dispor de sua grande autonomia para determinar os parâmetros contratuais, as partes precisam estar bem informadas e com conhecimentos específico, como nos casos envolvendo países regidos pela Sharia Islâmica, para criarem uma estrutura que funcione e com poucas chances de questionamentos em casos de conflitos, sempre com respeito ao direito internacional e sem violações do direito mandatário do Estado contratante.

Em caso de omissão de indicação da lei a ser aplicada, várias são as teorias que podem embasar a escolha do normativo, sendo verificado que, especialmente na sequência de uma recente onda de nacionalismo energético, há uma tendência no sentido de aplicação prioritária da lei nacional do país onde se situam os campos petrolíferos, mas que não configura a unanimidade, sendo a jurisprudência arbitral bastante diversificada no que tange a indicação da lei ao mérito da causa na arbitragem petrolífera.

Nesta linha de pensamento, restou demonstrado que a escolha pelo processo arbitral passa pelo conhecimento de causa dos árbitros, os quais possuem total liberdade para escolher, em caso de omissão, o instrumento normativo que melhor se encaixa ao caso concreto, seja uma lei nacional, seja o direito internacional ou ainda a prática costumeira representada por uma *lex petrolea*. Ainda que existam algumas indicações em tratados e convenções sobre a lei a ser aplicada em caso de omissão, aos árbitros é confiado o poder de decisão para aplicar o normativo que julgarem adequado.

Pode-se concluir, portanto, que a arbitragem internacional é uma realidade no sector petrolífero, configurado como o principal e, talvez, mais indicado mecanismo para a resolução de conflitos, especialmente aqueles derivados da relação Estado e investidores privados estrangeiros. Assegurar um processo neutro e imparcial, célere, julgado por árbitros com *know-how* sobre a matéria, a facilidade do reconhecimento e execução do laudo arbitral no estrangeiro e, principalmente,

a liberdade das partes e árbitros em indicarem a lei a ser aplicada à arbitragem e terem respeitados os termos pactuados, são algumas das vantagens para o direcionamento dos litígios em matéria petrolífera para a arbitragem internacional.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, JOÃO ALBERTO DE, *Processo Arbitral*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

ALVES, CLARISSA MARIA BEATRIZ BRANDÃO DE CARVALHO; MARINHO, CARLOS AUGUSTO MENEZES; VASSALLO, JOÃO GUILHERME DA HORA, *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*, paper apresentado no 4 PDPetro, Campinas, SP, 21-24 de outubro de 2007, disponível em: <<http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO8201433.pdf> apud FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*: Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE; MARCOS, RUI DE FIGUEIREDO, *Direito do Petróleo*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013

BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem: Estudos em Homenagem à Professora Isabel Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2013.

BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2013.

BAPTISTA, LUIZ OLAVO, *Contratos Internacionais*, São Paulo: Lex Editora, 2010

BINDER, DR. PETER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London: Sweet & Maxwell, 2010.

BLYSCHAK, PAUL MICHAEL, *Arbitration Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contracts Versus Breaches of Treaty*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2010, Volume 27 Issue 26, pp. 579 – 629.

BORN, GARY B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014.

BROWNLIE, IAN, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa: Fundação Calouste, 1997.

BULGARELLI, WALDIRIO, *Contratos Mercantis*, 14. Ed., São Paulo, Atlas, 2001,

CALMON, ELIANA, *A Arbitragem Internacional*, Brasília: STJ, 2014.

CÂMARA, ALEXANDRE DE FREITAS, *Arbitragem – Lei no 9.307/96*, 5ª. Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARAMELO, JOSÉ GOMES; LIMA, ANGELA, *Lex Petrolea*, Lisboa: Petrony Editora, 2013

CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRUNOVER, ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *Teoria Geral do Processo*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CORREIA, ANTÔNIO FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra: Almedina, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Da arbitragem e seu conceito categorial*: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, abril/junho de 1998.

- DAVID, RENÉ, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 2002
- DIAS, NÉLIA DANIEL, *A Estabilidade nos Contratos Petrolíferos Internacionais e Alguns dos Princípios Gerais de Direitos Conexos: do Mito à Realidade*, Revista Ordem dos Advogados, ano 71 – Vol. III – Jul/Set, 2011, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2011/ano-71-voliii-jul-set-2011/doutrina/>
- DOLINGER, JACOB, *Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*, Brasília: Revista de informação legislativa, v. 23, nº 90, abril de 1986.
- DOLINGER, JACOB; TIBURCIO, CARMEN, *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DUGUIT, LÉON, *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'État: le droit et l'État: libertés publiques: l'organisation politique de la France par Leon Duguit*, ver, et mise au courant 4 ed., Paris: Thorin et Fontemoing, 1923.
- FAISAL, KUTTY, *The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration*, International Journal of Arab Arbitration, vol. I, Inssue 4, Kluwer Arbitration, 2009.
- FAVACHO, FREDERICO, *A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo*: Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011.
- FAVACHO, FREDERICO; GASPAR, RENATA ALVARES, *Arbitragem Privada: Inteligência do Artigo 7o da lei 9.307/96*, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII – Direito Arbitral. Coordenador Sérgio Nelson Mannheimer. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.
- FERNANDES, MICAELA BARROS BARCELOS, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução*, Curitiba: Juruá, 2005.
- GAMA JR, LAURO, *Contratos internacionais à Luz dos Princípios UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GARCEZ, JOSÉ MARIA ROSSANI, *Escolha da Lei Substantiva da Arbitragem*, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2367, último acesso em 29/10/2017.
- GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto M. A. (organizadores). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*, Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007.
- GOYDER, D. G. EEC, *Cooperation Law*, Oxford: Claredon Press, 1988
- JACQUET, JEAN-MICHEL, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*. Paris: Economica, 1993
- JOFFÉ, GEORGE; STEVENS, PAUL; GEORGE, TONY; LUX, JONATHAN; SEARLE, CAROL, *Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism*. Journal of World Energy Law & Business, 2009, v. 2, n. 1.
- JOHNSTONE, DANIEL, *International Petroleum Fiscal System and Production Sharing Agreements*. Tulsa, Oklahoma: PennWllPublishing Company, 1994.

LEW, JULIAN D.M.; MISTELIS, LOUKAS A.; KROLL, STEFAN MICHAEL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

LEW, JULIAN D.M., *The Recognition and Enforcement of Arbitration Agreements and Awards in the Middle East*, Arbitration International, Vol. 1, No. 2 1985.

LIMA, CYNTHIA CINARA CARVALHO, *Arbitragem Internacional: uma abordagem acerca da solução de controvérsias no plano comercial internacional*, disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10893&revista_caderno=16>.

MACHADO, JÓNATAS E. M., *Direito Internacional: do paradigma clássico pós 11 de setembro*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARQUES PAULO, *da natureza jurídica do Production Sharing Agreement (PSA) à luz do ordenamento jurídico português*. In: MELO, PEDRO; PULIDO, JOÃO GARCIA; MARQUES, PAULO; BEATO, ALEXANDRA, *Estudos sobre energia: petróleo e gás natural*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 35.

McILWRATH, MICHAEL; SAVAGE, JOHN, *International Arbitration and Mediation, A practical Guide*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

OLIVEIRA, DIOGO PIGNATARO DE, *Os Contratos Internacionais e a Indústria do Petróleo*, disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9668-9667-1-PB.pdf>, acesso em 25/10/2017.

OPPETIT, BRUNO, *L'adaptacion des contrats internationaux aux changements des circonstances: la clause hardship*, Journal du Droit International, n. 4, Paris, 1974, apud STRENGER, IRINEU, *Contratos Internacionais do Comércio*, 4 Ed. São Paulo: LTr, 2003

OTERO, PAULO, *Normas Administrativas de conflitos: as situações jurídico-administrativas transnacionais*, In: Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2001.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *A Arbitragem CIRD e o Regime dos Contratos de Estado*, Revista internacional de arbitragem e conciliação, Ano I. p.78-105, Coord. Pinheiro, Luís de Lima, Coimbra: Almedina, 2008.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Introdução à arbitragem de investimentos no setor de energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana*, disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B62b9feef-3915-4f7f-90c5-d8ee80370a2e%7D.pdf>, último acesso em 18/05/2018.

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS; BESSON, SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, Second Edition, London: Sweet & Maxwell, 2007.

RECHESTEINER, BEAT WALTER, *Arbitragem Privada Internacional no Brasil depois da nova Lei 9.037/96: teoria e prática*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.,

- ROJAS, ANDRÉS SERRA, *Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Universidade do Texas: Editorial Porrúa, 1983
- SANTIAGO, EMERSON, *Sharia*, disponível em <http://www.infoescola.com/islamismo/sharia/> último acesso em 05/04/2018.
- SANTOS, ARIIVALDO DOS, *aspectos contábeis das joint ventures*, Revista do CRC-RC, Porto Alegre, v. 19, n.60, 1990.
- SHAW, MALCOLM, *International Law*, 4ª edição, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- SHEPPARD, AUDLEY; CROCKETT, ANTONY, *Sustainable Development in World Investment Law*, Cordonier Segger, Gehring and Newcombe, Kluwer Law International, 2011.
- SMITH, ERNEST E; DZIENKOWSKI, JOHN S.; ANDERSON, OWEN L.; CONINE, GARY B.; LOWE, JOHN S.; KRAMER, BRUCE M., *International Petroleum Transactions*, 2. Ed., Denver, Colorado, EUA: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.
- STRENGER, IRINEU, *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo: Editora LTR, 1996.
- STRENGER, IRINEU, *Autonomia da vontade em direito internacional privado*, São Paulo: RT, 1968.
- TAVERNE, BERNARD, *Petroleum, industry, and governments: a study of the involvement of industry and governments in the production, na use of petroleum*. 2 ed, All Alphen aan den Rijn; Kluwer Law International, 2008.
- TORRES ZAMORA, NICETO ALCALA, *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918,
- TRIPOLI, LEANDRO, *Arbitragem doméstica e internacional: o que significam monismo e dualismo no terreno da arbitragem?*, In CAHALI, FRANCISCO JOSÉ; RODOVALHO, THIAGO; FREIRE, ALEXANDRE, *Arbitragem, Estudos sobre a Lei n. 13.129/2015*, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- VAN MEURS, PEDRO, *Financial and fiscal arrangements for petroleum development – an economic analysis*, In: WALDE, THOMAS, BEREDJICK, NICKY, *Petroleum Investments in Developing Countries*. Springer 1st Ed., 1989
- VENTURA, RÁUL, *Convenção de Arbitragem*, Revista da Ordem dos Advogados n.º 46, 1986
- VICENTE, DÁRIO MOURA (coordenador), *Direito dos Petróleos: uma perspectiva lusófona*, Coimbra: Almedina, 2013.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Arbitragem petrolífera*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Vol. n.º4., 2011.
- WALDE, THOMAS, W., *International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty*, Chapter 13, Kluwer Law International, 1996.
- YERGIN, DANIEL, *O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro*. (tradução de Leila Marina U. Di Natale, Maria Cristina Guimarães, Maria Christina L. de Góes. Edição de Max Altmann). São Paulo: Paz e Terra, 2010.

OUTRAS FONTES:

CAMBRIDGE LAW REPORTS, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic* pp. 297-388, disponível em: <http://ebooks.cambridge.org/clr/case.jsf?bid=CBO9781316151808&id=CBO9781316151808A039>, acesso em 19/12/2017.

CONVENÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE DIFERENDOS RELATIVOS A INVESTIMENTOS ENTRE ESTADOS E NACIONAIS DE OUTROS ESTADOS, disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec15-1984.pdf>, acesso em 03/12/2017.

Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 com alterações adoptadas em 2006. disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/leimodelouncitral/downloadFile/file/Leimodelo_uncitral.pdfnocache=1305106921.57, Acesso em 28/03/2018.

TRATADO DE LISBOA – TRATADO DA CARTA DE ENERGIA, disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar36-1996.pdf> acesso em 03/05/2018.

Amnesty International UK, *Human Rights on the Line: The Baku-Tbilisi to Ceyhan Pipeline Project* (2003) (*Human Rights on the Line*), online: Amnesty International, <www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_14538.pdf> acesso em 03/05/2018

UNIDROIT <https://www.unidroit.org/> acesso em 03/05/2018.

UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html. Último acesso em 10/06/2016.

CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts>. Último acesso em 10/06/2018.

CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/>. Último acesso em: 10/06/2018.